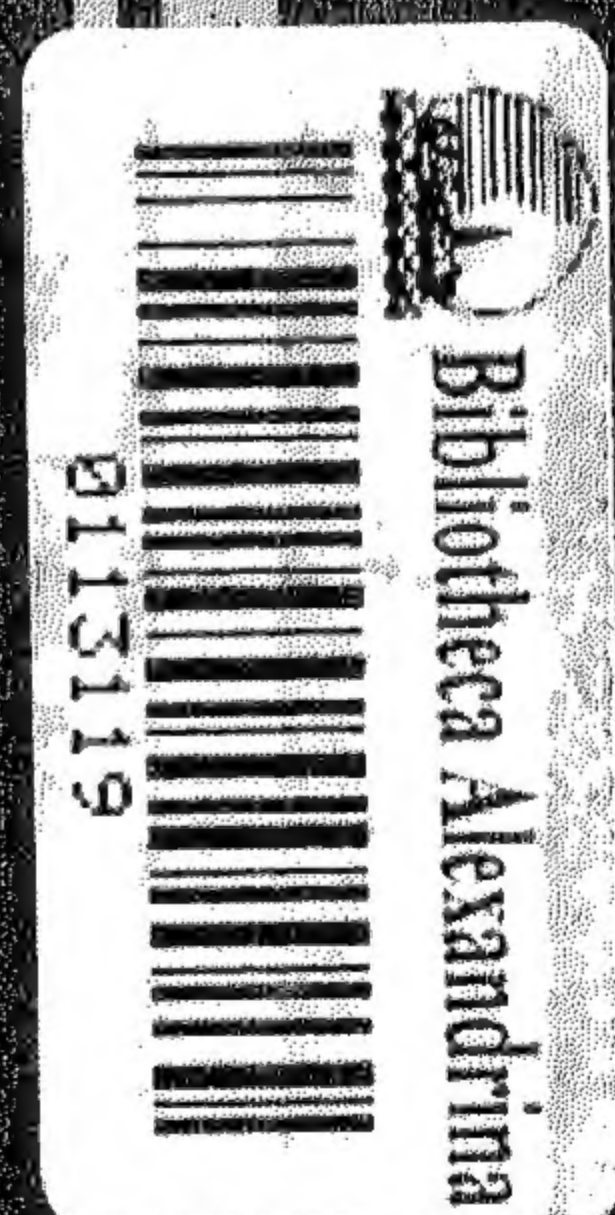


كتاب المنقح
شمس موطأ الإمام مالك بن أنس

القاضي أبو الوليد البجلي الأندلسي

المجلد ١، الثالث والرابع



﴿ الجزء الثالث من ﴾

كتاب

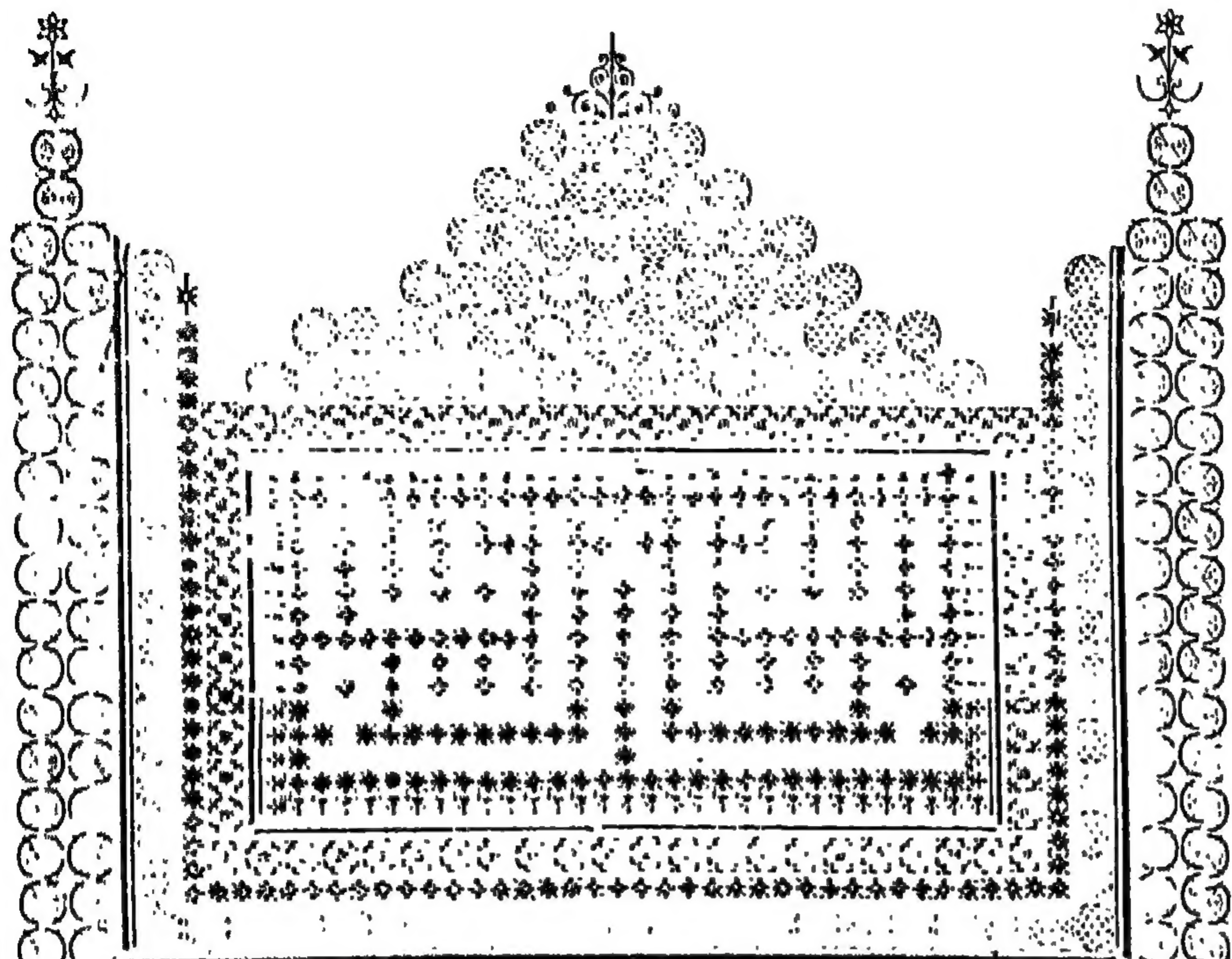
المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واث
الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ
رحمه الله ورضى عنه

« الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة البغاهة بجوار محافضة بصر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الاسلامي
القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ هدى المحرم اذا أصاب أهله ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب ويلي بن أبي طالب وأباه ريرة سألو عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا ينفذان لوجههما حتى يقضيا حجهم ما ثم عليهما ما حج قابل والهدى قال وقال علي ابن أبي طالب واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهم ما ﴿ ش قوله في الذي أصاب أهله يريد جاءهما في حال احرامه بالحج ينفذان يريدون أن عليهما المضي في الحج الفاسد حتى يتما على حسب ما كانا يتمان الحج الصحيح ولذلك قالوا رضى الله عنهم حتى يقضيا حجهم ما وانما أشاروا الى الحج المعهود والأصل في ذلك قوله تعالى وأتموا الحج والعمره لله

(فصل) وقولهم ثم عليهما ما حج قابل والهدى يريدون قضاء الحج الذي أفسدها ومن أين يحرم بالقضاء قال مالك يحرم به من حيث كان أحرم بالأول الا أن يكون أحرم بالأول من أبعد من ميقاته فلا يلزمه أن يحرم الامن الميقات وقال الشافعي ان كان أحرم من أبعد من ميقاته فيلزمه في القضاء الاحرام منه ودليلنا أن هذا أحد الميقاتين فلا يلزمه في القضاء ما كان التزم منه في الأداء زاندا على ميقاته أصل ذلك ميقات الزمان (مسئلة) ولا يخلو أن تكون زوجته أو أمته والأظهر من لفظ أهل الزوجة فان كانت زوجة فلا يخلو أن تكون طاوخته أو أكرهها فان كانت طاوخته فعلى كل واحد منهما أن يقضى الحج وهدى لان حالهما في ذلك كحاله (مسئلة)

﴿ هدى المحرم اذا أصاب أهله ﴾
 ﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وأباه ريرة سألو عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا ينفذان لوجههما حتى يقضيا حجهم ما ثم عليهما ما حج قابل والهدى ﴾ قال وقال علي بن أبي طالب واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهم ما

فان كان أكرهها فعليه أن يحجبها من ماله ويهدي عنها لان ما يلزمها من النفقة والهدى مما أثلفه عليها فوجب عليه حمله عنها وأما مباشرة ذلك بنفسها فانها من أحكام الأبدان التي تختص بها وتلزمها فلا يتحملها عنها كما لو أفسد صومها لكان عليه الكفارة وعليها القضاء (مسئلة) وان كانت أمته فعليه أن يحجبها ويهدي عنها سواء أكرهها أم لا ووطؤه لها اذن في حجبها قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية والمواز يترادف محمد بن عبد الملك ولا يصوم عنها ووجه ذلك انه مالك لها لا تستطيع الامتناع منه وهو يملك تصرفها فاذا رضى بوطئها فقد رضى باسقاط حقه من سعيه بخلاف الزوجة فانه لا يملك تصرفها

(فصل) وقولهم والهدى الهدى يحتاج الى صفة قال مالك هو بدنة وبه قال الشافعي وهو قول ابن عباس وقال أبو حنيفة تجزئ شاة والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قال القاضي أبو الحسن هو قول عمرو بن علي وابن عباس رضى الله عنهم ولا يخالف لهم ودليلنا من جهة القياس انه ووطئ عمدا في احرام فوجب أن يكون هديه بدنة أصل ذلك اذا وطئت بعد الوقوف فعن أبي حنيفة عليه بدنة ولا يفسد عليه حجه (فرع) قال القاضي أبو الحسن هذا عندى يجب مع القدرة على البدنة فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة لانه لا يخرج هذا عن أصله قال وهذا لما منصوص عليه حتى انه لو أخرج شاة مع القدرة على البدنة أجزاه على تكرهه منه فهذا من قول القاضي أبي الحسن يدل على أن الكلام في الاستحباب

(فصل) وقول علي رضى الله عنه واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس عليهما ان يتفرقا والدليل على ما نقله قول علي وابن عباس ولا يخالفهما من الصحابة فثبت أنه اجماع ومن جهة المعنى انه قد ظهر منهما من التسرع الى الفساد في العبادة بالوطء ما يخاف عليهما مثله في القضاء والقضاء واجب تسليمه من الوطء فيلزم أن يفرق بينهما احتياطا للعبادة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في العتبية يفترقان في حج القضاء من يوم يحرمان وبه قال ابن عباس وقال الشافعي انما يفترقان من حيث أفسد احبهما الأول والدليل على ما نقله ان هذه مرة من الاحرام تفسد بالجماع فيلزمهما أن يفترقا فيها أصل ذلك ما بعد موضع الجماع في الحج الأول * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه جاوبت الصحابة رضى الله عنهم عن هذه المسئلة على عمومها واطلاقها ولم يسألوا السائل هل كان الوطء عامدا أو ناسيا وذلك يدل على أن حكمهما واحد في الفساد والهدى وهذا ما قاله مالك رحمه الله وقال الشافعي في أحد قوليه الوطء على وجه النسيان لا يفسد الحج والدليل على ما نقله ان هذا ووطء صادف احراما لم يتحل من شيء منه فوجب أن يفسد كالعمد ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ماترون في رجل وقع بامرأته وهو محرم فلم يقل له القوم شيئا فقال سعيدان رجلا وقع بامرأته وهو محرم فبعث الى المدينة يسأل عن ذلك فقال بعض الناس يفرق بينهما الى عام قابل فقال سعيد بن المسيب لينفذ الوجه ما فليتا حجهما الذي أفسد اذا فرغا رجعا فان أدركهما حج قابل فعليهما الحج والهدى ويهلان من حيث أهلا لحجهما الذي أفسد او يتفرقان حتى يقضيا حجهما * قال مالك يهديان جميعا بدنة بدنة * ش سؤال سعيد بن المسيب لاصحابه عن هذه المسئلة على حسب ما كان يفعل يقصد بذلك اختبار اصحابه وتدريبهم وتنبيههم على المسائل وسكوت القوم عنه امانة لم يكن عندهم علم بذلك أولانهم آثروا تعظيمه والمبالغة في بره وصرف الأمر اليه

وحدثني عن مالك عن يحيى
ابن سعيد انه سمع سعيد
ابن المسيب يقول ماترون
في رجل وقع بامرأته وهو
محرم فلم يقل له القوم شيئا
فقال سعيدان رجلا وقع
بامرأته وهو محرم فبعث
الى المدينة يسأل عن ذلك
فقال بعض الناس يفرق
بينهما الى عام قابل فقال
سعيد بن المسيب لينفذ
لوجه ما فليتا حجهما الذي
أفسد اذا فرغا رجعا
فان أدركهما حج قابل
فعليهما الحج والهدى
ويهلان من حيث أهلا
بحجهما الذي أفسد
ويتفرقان حتى يقضيا
حجهما * قال مالك يهديان
جميعا بدنة بدنة

(فصل) وقول بعض الناس يفرق بينهما الى عام قابل حكاه سعيد بن المسيب على سبيل الانكار له ولذلك بين أن افتراقهما انما يكون من حيث يحرمان بالحج ولا فائدة في أن يفرق بينهما قبل أن يحللا من الحجّة التي أفسد الان وطأهما في هذا العام لا يفسد عليهما حجا ولا يوجب عليهما مديا ولا فائدة في أن يفرق بينهما بعد الاحلال منه وقبل الاحرام بحج القضاء لانهما انما يكونان حلالين فلا معنى للتفريق بينهما

(فصل) وقوله فاذا فرغارجعا يحتمل أن يريد بذلك الاباحة ومعنى ذلك انه يجوز لها أن يرجعا الى منازلها ويحتمل أن يريد بذلك الوجوب ومعنى ذلك أن يرجعا الى موضع يجب عليهما فيه الاحرام منه

(فصل) وقوله فان أدركهما عام قابل فعليهما الحج والهدى يريد والله أعلم انهما يستأنفان الاحرام ولا يجوز لهما البقاء على الاحرام الأول بخلاف من فاته الحج فان له أن يبقى على احرامه الأول ويتم حجه عليه لانه احرام صحيح والذي أفسد حجه لا يجوز له أن يتم قضاء عليه لانه احرام فاسد (مسألة) ولو أفسد حجه وفاته فقد قال مالك لا ينبغي له أن يقيم الى قابل على احرام فاسد ويتحلل بعمره ثم يحج قابلا وهذا الماذكرنا من أن الاحرام الفاسد لا يجوز له أن يتم عليه القضاء

(فصل) وقوله وان أدركهما عام قابل فعليهما الهدى يقتضى أن الهدى لا يكون الا في العام المقبل وكذلك في العتبية والموازية عن مالك من رواية أشهب

(فرع) فان عجله قبل القضاء فقد قال عبد الملك بن الماجشون فممن عجل هدى الفساد قبل القضاء انه يجزئه وان كان أحب اليك أن يكون مع حجه القضاء ويحتمل على قول أصبغ في هدى الغوات أن لا يجزئه

(فصل) وقوله هلان من حيث أهلا بحججهما الذي أفسدا ويتفرقان حتى يقضيا حججهما على ماتقدم وقدرى ابن المواز عن مالك لا يتسايران ولا يجتمعان في منزل ولا بحجفة ولا بمكة ولا بمنى وهذا على ما ذكرناه من التوقى الواجب القضاء لما علم من تيسر عليهما الى ما أفسداه حججهما

(فصل) وقول مالك ويهريان جميعا بدنة بدنة وذلك ان هدى فساد الحج بالوطء بدنة على ماتقدم ولما أفسد كل واحد منهما الحج ولزمه بذلك القضاء لزمه الهدى الذي هو البدنة ص قال يحيى قال مالك في رجل وقع بامرأته في الحج ما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرى الجرة انه يجب عليه الهدى وحج قابل قال فان كانت اصابته أهله بعد رمى الجرة فأنما عليه أن يعتمر ويهدى وليس عليه حج قابل ش وهذا كما قال ان المصيب لأهله لا يخلو أن يكون أصابها قبل الوقوف بعرفة أو بعد ذلك فان كان أصابها قبل الوقوف بعرفة فلا خلاف في فساد حجها وانما يجب عليهما الهدى وحج قابل على ما قال قال وتمتقدم شرح ذلك وبيانه وقوله فيما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرى الجرة فانه يجب عليه الهدى وحج قابل نص على ما كان قبل وقوفه بعرفة ونص بعد ذلك على ما كان بعد رمى جرة العقبة ولم ينص على من وطئ بعد الوقوف وقبل الرمي وقدرى القاضي أبو محمد عنه في ذلك روايتين احدهما وهي المشهورة انه قد أفسد حجه وبها قال الشافعي والثانية انه لا يفسد حجه وبها قال أبو حنيفة وجه القول الأول انه ووطء صادق احراما لم يتحلل منه فوجب أن يفسده أصل ذلك اذا كان قبل الوقوف بعرفة قال القاضي أبو الحسن ولا يلزمنا على هذا اذا وطئ بعد يوم الصر وقبل أن يرى لان التحلل عندنا يقع بالرمي في وقته أو بانقضاء وقته وفواته ووجه القول الثاني

قال يحيى قال مالك في رجل وقع بامرأته في الحج ما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرى الجرة انه يجب عليه الهدى وحج قابل قال فان كانت اصابته أهله بعد رمى الجرة فأنما عليه أن يعتمر ويهدى وليس عليه حج قابل

أنه معنى يوجب القضاء فوجب أن يؤمر بالوقوف بعرفة كالفوات (مسئلة) وهذا اذا كان وطؤه يوم النحر قبل غروب الشمس فان كان بعد غروب الشمس من يوم النحر فقد روى أصحابنا عن مالك فممن وطئ الغد من يوم النحر قبل أن يرمى ويفيض لم يفسد حجه وليس بمنزلة من وطئ يوم النحر وعليه عمرة وهدى لو طئه وهدى آخر لما أخر من رمى جرة العقبة ووجه ذلك ان التحلل قد حصل بانقضاء وقت الرمي وخروجه

(فصل) قوله وان كانت اصابته أهله بعد رمى الجرة فأنما عليه أن يعتقر ويهدى وليس عليه حج قابل والوطء بعد الرمي لا يخلو أن يكون قبل الافاضة أو بعدها فان كان قبل الافاضة فلا يخلو أن يكون يوم النحر أو بعده فان كان يوم النحر فقد اختلف فيه قول مالك والمشهور عنه أنه لا يفسد حجه قال القاضي أبو الحسن وهو الصحيح وقد قال أيضا يفسد قبل الافاضة وبه قال أبو حنيفة والشافعي ووجه الرواية الاولى انه وطئ بعد أن حل له اللباس والقاء التفث فلم يفسد بذلك حجه كما لو وطئ بعد الطواف ووجه الرواية الثانية انه وطئ يوم النحر في حال المنع من الوطء لأجل الحج فوجب أن يفسد حجه كما لو وطئ قبل الوقوف (فرع) فاذا قلنا لا يفسد حجه فانه يلزمه عمرة وهدى وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجب عليه عمرة والدليل على صحة ما نقوله ان عليه أن يأتي بطواف الافاضة في نسك لم يدخل عليه نقص الوطء وذلك لا يكون الا بالعمرة لأن الطواف لا يكون في الاحرام الا بحج أو عمرة وقد قلنا انه لا حج عليه فلزمته العمرة (مسئلة) فان وطئ بعد الافاضة وقبل الرمي فلا يخلو أن يكون ذلك يوم النحر أو بعده فان كان يوم النحر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم وابن كنانة وأصبغ لا يفسد وليس عليه الا الهدى وقال أشهب وابن وهب يفسد حجه ووجه قول ابن القاسم انه قد وجد أحد التحللين فلم يفسد حجه كما لو تقدم الرمي ووطئ قبل الطواف ووجه قول أشهب انه وطئ يوم النحر قبل الرمي ففسد حجه كما لو وطئ قبل الطواف (مسئلة) فان كان وطؤه بعد يوم النحر فقد روى ابن حبيب عن أصبغ لاشئ عليه غير الهدى ص قال مالك الذي يفسد الحج أو العمرة حتى يجب عليه في ذلك الهدى مع الحج أو العمرة التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق قال ويوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من مباشرة فاما رجل ذكر شينا حتى خرج منه ماء دافق فلا يرى عليه شيئا ش وهذا كما قال ان الذي يفسد الحج والعمرة التقاء الختانين على أي وجه وقع من عمد أو نسيان هذا منه مالک وقال الشافعي في أحد قولي التقاء الختانين على وجه النسيان لا يفسد الحج وقد تقدم ذكره وقوله الذي يفسد الحج والعمرة حتى يجب بذلك الهدى في الحج أو العمرة يحتمل معنيين أحدهما أن يكون معنى قوله في الحج أو العمرة أن الافساد وجد في أحدهما فيجب بذلك الهدى والقضاء فاجتزأ بذلك الافساد عن ذكر القضاء والثاني انه يريد انه يجب عليه بذلك الهدى في الحج والعمرة الذي هو القضاء عما أفسده منهما وذلك أن الواجب على من أفسد حجا أو عمرة التماضي فيما أفسد منهما حتى يتممه على ما كان التزمه ودخل فيه ثم يقضيه ويهدى في القضاء وقال داود يخرج عن الحج بالفساد ودليلنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله ودليلنا من جهة القياس انه معنى يجب به القضاء فلم يخرج به عن الاحرام كالفوات

(فصل) وقوله التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق يريدان التقاء الختانين يفسد الحج وان لم يكن ازال لأن كل حكم يتعلق بالوطء فانه يتعلق بالتقاء الختانين من افساد الحج والصوم ووجوب الحسد والمهر وغير ذلك من الاحكام

قال مالك الذي يفسد الحج أو العمرة حتى يجب عليه في ذلك الهدى مع الحج أو العمرة التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق قال ويوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من مباشرة فاما رجل ذكر شينا حتى خرج منه ماء دافق فلا يرى عليه شيئا

(فصل) وقوله ويوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من المباشرة يريد ان الحج يفسد بانزال الماء الدافق من المباشرة وكذلك الوطء دون الفرج (وقال) أبو حنيفة والشافعي لا يفسد الحج شيء منه والدليل على ما نقوله قوله تعالى الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج والرفث اتيان النساء ومباشرتهم ولذلك قال تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم فنهى عن المباشرة لمن فرض فيهن الحج والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ودليلنا من جهة القياس انه فعل محذور لأجل الاحرام فيضي الى الانزال فوجب أن يفسد الحج أصل ذلك الوطء في الفرج

(فصل) قوله وأما رجل ذكر شيئا حتى خرج منه ماء دافق فلا يرى عليه شيئا فان ظاهر قوله استدامة التذكر وترديده على قلبه حتى ينزل لأنه أتى بلفظ الغاية فقال انه ان ذكر شيئا حتى أنزل وذلك لا يستعمل الا فيما يستدام ويكرر وقد قال انه لا شيء عليه حكى القاضي أبو الحسن عن مالك فبين كرر التذكر حتى أنزل روايتين والذي روى ابن القاسم عن مالك في العتية والموازية انه قد أفسد الحج وروى عنه أشهب ليس عليه الا الهدي ووجه رواية ابن القاسم انه قصد معنى يتوصل به الى الانزال فوجب أن يفسد حجه اذا أنزل به أصل ذلك المباشرة ووجه رواية أشهب انه معنى لو أنزل به على وجه السهول يفسد حجه فكذلك اذا قصده كالاختلام لمن نام فقصد الاختلام وقدر روى ابن القاسم عن مالك في الموازية والعتية من تذكر شيئا فأنزل فلا يفسد حجه قال أحمد ابن ميسرة ويهدي ومعنى ذلك انه أجرى على قلبه ذكر من غير قصد ص قال مالك ولو أن رجلا قبل امرأته ولم يكن من ذلك ماء دافق لم يكن عليه في القبلة الا الهدي ش وهذا كما قال لأن القبلة ممنوعة لحرمة الاحرام فاذا لم تفض الى الانزال لم يجب بها الا الهدي وانما وجب بها الهدي لأنه أدخل على نسكه نقصا بما أتاه من الاستمتاع فلزمه الهدي ليحبر بذلك ما أدخل على نسكه من النقص وقدر روى ابن الموازي عن مالك ان هديه بدنة ووجه ذلك انه هدي يجب بالاستمتاع فسكران بدنة كهدي الوطء (مسئلة) وكل ما فيه نوع من الالتذاذ بالنساء فانه ممنوع في حق المحرم فما كان لا يفعل الا للذة كالقبلة ففيه الهدي على كل حال وما كان يفعل للذة ولغير لذة مثل لمس كفها أو شيء من جسدها فأتى من هذا كله على وجه اللذة فمنع وما كان لغير لذة فباح ص قال مالك ليس على المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمة مرارا في الحج أو العمرة وهي له في ذلك مطاوعة الا الهدي وحج قابل ان أصابها في الحج وان كان أصابها في العمرة فأنما عليها قضاء العمرة التي أفسدت والهدي ش وهذا كما قال ان المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمة مرارا فانه ليس عليها الا الحج قابل والهدي يجب ذلك عليها بأول ووطء وأما الثاني وما بعده فانه لا يجب به هدي ولا حج ولا عمرة سواء كفر عن الوطء الاول قبل الوطء الثاني أو لم يكفر حتى وطئ وقال أبو حنيفة ان كفر عن الوطء الاول فعليه كفارة ثانية عن الوطء الثاني وان لم يكن كفر عن الوطء الاول فليس عليه كفارة ثانية للوطء الثاني والشافعي قولان أحدهما مثل قولنا والثاني انه يجب عليه عن كل ووطء كفارة سواء كفر عن الاول أو لم يكفر والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان الوطء الثاني ووطء قبل التحلل لم يفسد نسكا فلم يوجب كفارة أصله اذا وطئ ثانية قبل أن يكفر عن الاولى

(فصل) وقوله وهي له في ذلك مطاوعة لما بيناه قبل هذا من أن المكروه لا هدي عليها وان لم يزلها القضاء غير ان على من أكرهها الاتفاق عليها لانه يتعمل عنها ما يلزمها من حقوق المال وأما حقوق

قال مالك ولو أن رجلا قبل امرأته ولم يكن من ذلك ماء دافق لم يكن عليه في القبلة الا الهدي قال مالك ليس على المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمة مرارا في الحج أو العمرة وهي له في ذلك مطاوعة الا الهدي وحج قابل ان أصابها في الحج وان كان أصابها في العمرة فأنما عليها قضاء العمرة التي أفسدت والهدي

الاجسام فانه لا تدخلها النيابة ولا التحمل فلا بد لها من مباشرة ذلك بنفسها
(فصل) وقوله ليس عليها اذا طاوعته الا الهدي وحج قابل يريد ان القضاء والهدي يلزمهما وانما
خص بذلك حج قابل لانه اقرب وقت يمكنهما فيه جبر ما أفسدا من ججهما ولا يختص القضاء بالعام
المقبل اختصاصا يتعلق به دون غيره من الاعوام وانما ذلك على ما يلزم من تعجيل القضاء ولذلك
لا نقول في العمرة يفسدها بالوطء يقضيها في العام المقبل بل يحل من العمرة التي أفسد ويشترع في
القضاء اذا أمكنه ذلك

(فصل) وقوله وان كان أصابها في العمرة فانما عليها قضاء العمرة التي أفسدت والهدي ذكر
حكم العمرة في هذا بعد ان ذكر حكم الحج وانما يكون فسادها للعمرة اذا كان الوطء قبل اكمال
لسعي فيه فيلزمه التماضي فيها ثم القضاء والهدي وأما ان كان الوطء في العمرة بعد اكمال السعي
فان العمرة لا تفسد

﴿ هدى من فاته الحج ﴾

﴿ هدى من فاته الحج ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن يحيى بن سعيد انه قال

أخبرني سليمان بن يسار

أن أبا أيوب الانصاري

خرج حاجا حتى اذا كان

بالنازية من طريق مكة

أضل راحله وانه قدم

على عمر بن الخطاب يوم

العرقة فذكر ذلك له فقال

عمر اصنع كما يصنع المعتمر

ثم قدحلت فاذا أدركك

الحج قابلا فاحجج واهد

ما استيسر من الهدي

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه قال أخبرني سليمان بن يسار أن أبا أيوب الانصاري خرج حاجا
حتى اذا كان بالنازية من طريق مكة أضل راحله وانه قدم على عمر بن الخطاب يوم العرقة فذكر
له ذلك فقال له عمر اصنع ما يصنع المعتمر ثم قدحلت فاذا أدركك الحج قابلا فاحجج واهد
ما استيسر من الهدي ﴿ ش قوله ان أبا أيوب لما كان بالنازية من طريق مكة أضل راحله
يقتضي ما بعده من ذكر فوات الحج ان ذلك كان سبب فوات الحج اما لانه شغل بطلبها وهو يقدر
ان يدرك الحج فتتابع ذلك منه حتى بقى من المدة ما قدر فيه انه يدرك الحج فيه فأخلفه تقديره ولم
تدركه واما لانه عجز عن الوصول الى الحج بعدم راحله التي كان يتوصل بها فلم يمكنه الوصول
الابعد الفوات

(فصل) وقوله وانه قدم على عمر بن الخطاب يوم العرقة يريد انه قدم عليه بمنى ولم يصل الى عرفة في
وقت يدرك فيه الحج فذكر ذلك لعمر بن الخطاب يحتمل انه ذكر له ما جرى عليه من اضلال
ر راحله وان ذلك سبب فوات حجه ويحتمل أن يخبره بفوات الحج خاصة لان حكمه انما يتعلق به
دون سببه لان من فاته الحج بخطأ عدد أو بمرض أو بخفاء هلال أو لشغل أو بأى وجه كان غير العدو
المانع فعلمه واحدا لا يحله الا البيت ويحج قابلا ويهدي أهل مكة وغيرهم في ذلك سواء رواه ابن
المواز عن مالك (مسئلة) فاذا فاته الحج بشئ مما ذكرناه فانه لا يحل دون البيت وهو بالخيار
بين أن يتم عمله عمرة يتحلل بها ويهدي وبين أن يبقى على احرامه الى قابل والتحليل أفضل له عند مالك
(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه اصنع ما يصنع المعتمر ثم قدحلت يريد والله أعلم
انه يأتي بعمرة كاملة بطوافها وسعيها بنيتها يتحلل بها ولذلك قال مالك رحمه الله ان فاته الحج يتحلل
بعمرة يستأنف لها طوافا وسعيا وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ينقلب احرامه فيصير
عمرة ويكون بطوافه وسعيه وحلاقه متحللا من العمرة لامن الحج الفائت والليل على ما نقوله أن
احرامه بالحج لو ينقلب عمرة لكان قد انفسخ عما وقع عليه والنفسخ مفسوخ بلا خلاف بيننا وبينه
ودليلنا من جهة القياس ان من انعقد احرامه بنسك لم ينقلب الى غيره كالأحرام بعمرة

(فصل) فان أدركك الحج قابلا فاحجج يقتضى وجوب القضاء عليه وقوله واهد ما استيسر من

الهدى يقتضى أن الهدى إنما ينحره في عام قابل ولا ينحره قبل ذلك قال مالك وليس له أن يقدم حتى يحج قابلاً فيهديه ولا يقدمه قبل حجة القضاء وإن خاف الموت قبل ذلك قال ابن القاسم ولو اعتمر قبل ذلك فنحره في عمرته رجوت أن يجزيه كما يجزيه بعد موته أن يهدى عنه وجه القول الأول أن القضاء بدل من الحج الأول والهدى جبر له فوجب أن يكون مع القضاء لأنه من جنسه وبمعنى القضاء لبعضه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به (فرع) فإذا قلنا لا ينحره قبل القضاء ففعل فقد قال أصبغ إن فعل لم يجزه وقال بعض العلماء يجزيه ص * مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحره يديه فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى أن هذا اليوم يوم عرفة فقال عمر أذهب إلى مكة فطف أنت ومن معك وانحر واهديا إن كان معكم ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا فإذا كان عام قابل فحجوا واهدوا فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع * ش قوله أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحره يديه يريد جاء منى واستغنى عن ذكره لمعرفة السامع أن عمر بن الخطاب لا ينحره يديه يوم النحر إلا بمعنى فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى أن هذا اليوم يوم عرفة وذلك أنهم أخطؤا العدة فظنوا أن يوم النحر يوم عرفة ففاتهم الوقوف بعرفة لفوات يومه لأنهم وردوا منى متوجهين إلى عرفة يوم النحر فلما وجدوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجميع الحاج بمنى علموا أنهم أخطؤا العدة وفاتهم الوقوف ولو أخطأ أهل الموسم فكان وقوفهم بعرفة يوم النحر فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أنهم يعضون على علمهم وينحرون هديهم من الغد ويتأخر عمل الحج كله يوماً ويجزيهم ولا خلاف أن من أتى عرفة يوم النحر بعد الفجر أنه قد فاتته الحج ولا يجوز له أن يقف بعرفة وهو يعتقد أن وقوفه في غير يوم عرفة ولو أخطأ أهل الموسم فوقفوا بعرفة يوم التروية فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يعيدون الوقوف بعرفة يوم عرفة وقد روى أبو بكر بن اللباد أنه اختلف قول سحنون فيه وجه قول ابن القاسم أنه لم يفت الوقوف ولا زمنه فكان عليهم عادته

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه أذهب أنت ومن معك إلى مكة ولم يأمره بالخروج إلى الحل يقتضى أنه قد علم أن أحرامه بالحج كان من الحل ولا يخلو الذي فاتته الحج أن يكون أحرم بالحج من مكة أو من الحل فإن كان أحرم من مكة وفاته الحج قبل أن يخرج إلى الحل فلا بد أن يخرج إليه ثم يدخل إلى مكة فيطوف ويسعى لعمرته ويحل قاله ابن المواز وجه ذلك ما قدمناه من أنه لا بد من الجمع بين الحل والحرم في النسك فمن أحرم من مكة ولم يخرج إلى الحل لزمه أن يخرج إليه ليتيم حكمه نسكه بالجمع بين الحل والحرم وإن كان أحرم من الحل لم يلزمه أن يخرج إليه بعد الفوات والفرق بينهما وبين الطواف والسعى أنه لا بد أن يعيدا لعمرة التحلل من قد فاتهما للحج الذي فاتته ولا يفعل ذلك من الخروج إلى الحل

(فصل) وقوله وطف أنت ومن معك أمرهم رضى الله عنه بالطواف ولا بد من السعى معه وإن لم يذكره لما علم أنه من توابعه ثم قال وانحروا هديا إن كان معكم يريد أن كان منهم من قد ساق الهدى فلينحره على ما ساقه عليه من تطوع أو واجب وهذا ليس من هدى الفوات بسبيل إنما هو هدى قلده وأشعره حين الإجماع بالحج

(فصل) وقوله رضى الله عنه ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا يريد أن عليهم أن يتحللوا ولا يكون إلا

* وحدثني مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحره يديه فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى أن هذا اليوم يوم عرفة فقال عمر أذهب إلى مكة فطف أنت ومن معك وانحروا هديا إن كان معكم ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا فإذا كان عام قابل فحجوا واهدوا فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع

بخلق أو تقصير لمن أراد منهم واختاره وأن كان الخلاق أفضل على ما يأتي بعده هذا إن شاء الله تعالى
وقوله ثم ارجعوا لم يكن على جهة الإلزام والوجوب وإنما هو على جهة إباحة الرجوع والأمر بالفضل
أو على ما علمه رضى الله عنه من حالهم أنه لا يمكنهم إلا الرجوع إلى أفعالهم وأنهم لو أمروا بغير ذلك لشق
عليهم فاعلمهم ما علمه من الأمر المباح لهم

(فصل) وقوله رضى الله عنه وإذا كان عاماً قابلاً فاجزوا واحداً ويريد أنه يجب عليهم القضاء للحج
الذي فاتهم سواء كان فرضاً أو نافلاً ويجب عليهم الهدى لأجل الفوات والتحلل بغير ما أحرموا به فن لم
يجد فصياً ثلاثاً أيام في الحج وسبعة إذا رجع وهذا حكم كل من وجب عليه هدى يلزمه إخراج هدى فلم
يجده فاما هدى الجزاء وفدية الأذى فليس يلزم بل هو خير بينه وبين غيره ص * قال مالك ومن
قرن الحج والعمرة ثم فاتته الحج فعليه أن يحج قابلاً وقرن بين الحج والعمرة ويهدى هديين هدياً
لقرانه الحج مع العمرة وهدياً لقائه من الحج * ش وهذا كما قال ابن من قرن الحج والعمرة ففاته
فان عليه أن يحج قابلاً قضاء عن الحج الذي فاتته وعلى صفته من القران ولا تسقط عنه العمرة مع الحج
في القضاء بالعمرة التي تحلل بها لان تلك ليست بالعمرة التي قرنها مع حجه لان تلك لا يصح التحلل
منها ولا الاتمام لها الا مع تمام الحج والتحلل منه على حسب ما قرنها به وهذه العمرة انما هي عمرة التحلل
ألا ترى ان من أفرد الحج ثم فاتته تحلل منه بعمرة فثبت ان عمرة التحلل غير العمرة التي قرنها بحجه

(فصل) وقوله رضى الله عنه ويهدى هديين هدياً لقائه وهدياً لفوات الحج يريد أنه يهدى في حجة
القضاء هديين هدياً للقران في ذلك العام وهدياً لفوات في العام الخالي ولم يذكر حكمه في هدى
القران عن العام الماضي الذي فاتته فيه الحج والعمرة ان كان يلزمه الدخول فيه أو يسقط عنه
بالفوات وفي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم ما يدل على ان دم القران يسقط
بالفوات والتحلل بالعمرة ومن رواية ابن القاسم عن مالك انه لا يسقط وجه القول الاول انه يتحلل
بعمرة فلم يلزمه دم القران كالذى أحرم بعمرة مفردة ووجه رواية الثانية انه أحرم قارناً فلزمه حكم
القران في الدم كما لو أتم قرانه

* هدى من أصاب أهله قبل أن يفيض *

ص * مالك عن أبي الزبير المسكي عن عطاء بن أبي رباح عن عبد الله بن عباس انه سئل عن رجل
وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة * ش قوله في الذي وقع بأهله بمنى قبل
أن يفيض ينحر بدنة يقتضى على مذهب مالك أن يكون بعد رمي بجمرة العقبة أو بعد يوم النحر
وقبل الافاضة وأما ان أصابها قبل يوم النحر فقد تقدم ان المشهور من مذهب مالك ان حجه يفسد
وان كان قدر وى عنه ان عليه الهدى مع العمرة

(فصل) وقوله ينحر بدنة البدنة أرفع الهدى لان الهدى فديكون بقرة ويكون شاة وأرفع ذلك
البدنة وخصه عنها بالبدنة لعظم ما أتى به ص * مالك عن ثور بن زيد الديلمي عن عكرمة مولى ابن
عباس قال لا أظنه الا عن عبد الله بن عباس انه قال الذي يصيب أهله قبل أن يفيض يعمر ويهدى
* مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول في ذلك مثل قول عكرمة عن ابن عباس * قال مالك
وذلك أحب ما سمعت الى في ذلك * ش قوله الذي يصيب أهله قبل أن يفيض يحمل ما قلناه قبل
هذا أن يكون قبل الرمي أو بعده على التفسير الذي تقدم ذكره وقوله يعمر ويهدى هو قول مالك

* قال مالك ومن قرن
الحج والعمرة ثم فاتته الحج
فعليه أن يحج قابلاً أو
يقرن بين الحج والعمرة
ويهدى هديين هدياً
لقرانه الحج مع العمرة
وهدياً لقائه من الحج

* هدى من أصاب أهله

قبل أن يفيض *

* حدثني يحيى عن مالك

عن أبي الزبير المسكي عن

عطاء بن أبي رباح عن

عبد الله بن عباس انه سئل

عن رجل وقع بأهله وهو

بمنى قبل أن يفيض فأمره

أن ينحر بدنة * وحدثني

عن مالك عن ثور بن زيد

الديلمي عن عكرمة مولى

ابن عباس قال لا أظنه

الا عن عبد الله بن عباس

انه قال الذي يصيب أهله

قبل أن يفيض يعمر

ويهدى * وحدثني عن

مالك سمع ربيعة بن أبي

عبد الرحمن يقول في ذلك

مثل قول عكرمة عن ابن

عباس * قال مالك وذلك

أحب ما سمعت الى في ذلك

رجه الله وهو المشهور عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه وذلك لما أدخل النقص على طوافه
للافاضة بما أصابه من الوطء كان عليه أن يقضيه بطواف سالم أحرماه من ذلك النقص ولا يصلح أن
يكون الطواف في أحرام الأفي حج أو عمرة ص * وسئل مالك عن رجل نسي الأفاضة حتى خرج
من مكة ورجع إلى بلاده فقال أرى أن لم يكن أصاب النساء فليرجع فليفيض وإن كان أصاب النساء
فليرجع فليفيض ثم ليعتمر وليهد ولا ينبغي له أن يشتري هديه من مكة وينحصر بها ولكن إن لم يكن
ساقه معه من حيث اعتمر فليشتره بمكة ثم ليخرجه إلى الحل فليسقه منه إلى مكة ثم ينحصر بها * ش
وهذا كما قال أن من نسي الطواف حتى رجع إلى بلده فلا يخلو أن يذكر ذلك قبل أن يصيب النساء
أو بعدما أصاب فإن كان لم يصيب النساء فلا بد من الرجوع إلى مكة لتمام الحج بالطواف ولا يجزئ عنه
الدم لأنه ركن من أركان الحج (مسئلة) وإن كان قد لبس وتطيب فلا شيء عليه لذلك لأنه لما رمى
جمرة العقبة فقد وجد منه التحلل فلا فدية عليه بداس ولا تطيب وإن كان أصاب صيدا (مسئلة)
وإن كان قد أصاب النساء فهذا واطئ قبل الأفاضة به رامي وبعد يوم النحر فعليه أن يقدم مكة
فيطوف طواف الأفاضة ثم يقضيه في عمرة لما أدخل على أحرماه من النقص بالوطء ويهدى ولو كان
وطؤه بعد الطواف وقبل الركنين ففي المدونة عن ابن نافع أنه إن كان بمكة أعاد الطواف وركع ثم
يعتمر ويهدى وإن كان خرج إلى بلده فليركع الركنين حيث كان ثم يهدى ورواه عيسى عن
ابن القاسم

(فصل) وقوله ولا ينبغي له أن يشتري هديه بمكة وينحصر بها يريد أنه لا يصلح الهدى إلا أن يجمع بين
الحل والحرم وذلك أن يشتري في الحل فيساق إلى الحرم أو يشتري في الحرم فيخرج إلى الحل ثم يهدى
إلى موضع النحر في الحرم فينحصر فيه وكذلك هذا لو اشتري الهدى بمكة ثم أخرجه إلى الحل ثم رده إلى
مكة فنحصره بها أجزاءه وإنا الذي يمنع من ذلك أن يشتريه بمكة ثم ينحصر بها قبل أن يخرج إلى الحل
(فصل) وقوله ولكنه إن لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر يريد أن عمرته كانت من الميقات أو من
الحل على حسب ما يجب أن يكون الأحرام بها من الحل لما قدمناه من أنه لا بد في النسك من الجمع بين
الحل والحرم ولما كان عمل العمرة جميعه في الحرم لزم أن يكون الإهلال بها من الحل بخلاف الحج
فإن معظمه وهو الوقوف بعرفة في الحل فجاز أن يحرم به من الحرم

(فصل) وقوله فليشتره بمكة ثم ليخرجه إلى الحل فليسقه إلى مكة فينحصر بها يريد أنه إن لم يكن معه
هدى ساقه من الحل فليشتره بمكة أو حيث أمكنه من الحل والحرم لأنه ليس من شرط صحة شرائه
الاختصاص بأحد الأمرين فإن اشتراه في الحرم بمكة أو غيرها فليخرجه إلى الحل ليجمع فيه بين الحل
والحرم لأن المنحصر في الحرم فإذا اشتراه في الحرم فلا بد من إخراجه إلى الحل ثم يرد بعد ذلك إلى
المنحصر في الحرم ولو اشتري في الحل لأجزأه حاله إلى المنحصر في الحرم وخص مكة في هذه المسئلة
بأنه كره أن ما يهدى في العمرة لا ينحصر بمكة ولا ينحصر إلا بمكة

* ما استيسر من الهدى *

ص * مالك عن جعفر بن أبي محمد عن أبيه أن علي بن أبي طالب كان يقول ما استيسر من الهدى
شاة * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما استيسر من الهدى شاة قال مالك وذلك أحب
ما سمعت إلى في ذلك لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم

* وسئل مالك عن
رجل نسي الأفاضة حتى
خرج من مكة ورجع إلى
بلاده فقال أرى أن لم يكن
أصاب النساء فليرجع
فليفيض وإن كان أصاب
النساء فليرجع فليفيض ثم
ليعتمر وليهد ولا ينبغي له
أن يشتري هديه من مكة
وينحصر بها ولكن إن لم
يكن ساقه معه من حيث
اعتمر فليشتره بمكة ثم
ليخرجه إلى الحل فليسقه
منه إلى مكة ثم ينحصر بها
* ما استيسر من الهدى *
* حدثني يحيى عن مالك
عن جعفر بن محمد عن
أبيه عن علي بن أبي طالب
كان يقول ما استيسر من
الهدى شاة * وحدثني عن
مالك أنه بلغه أن عبد الله
ابن عباس كان يقول
ما استيسر من الهدى شاة
* قال مالك وذلك أحب
ما سمعت إلى في ذلك لأن
الله تبارك وتعالى يقول
في كتابه يا أيها الذين آمنوا
لا تقتلوا الصيد وأنتم

حرم ومن قتله منكم متعمدا الى قوله تعالى هديا بالغ الكعبة فما يحكم به في الهدى شاة وقد سماها الله هديا وذلك الذي لا اختلاف فيه عندنا وكيف يشك أحد في ذلك وكل شيء لا يبلغ أن يحكم فيه بغير أو بقرة فالحكم فيه بشاة وما لا يبلغ أن يحكم فيه بشاة فهو كفارة من صيام أو اطعام مسكين * ش قوله ما استيسر من الهدى شاة يحتمل معنيين أحدهما أن يكون هذا تفسيرا ما استيسر من الهدى ومعناه ومقتضاه والثاني أن يكون هذا المراد بقوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج فاستيسر من الهدى فعلم ذلك بالتوقيف أو بالدليل دون أن يختص هذا الاسم بالشاة في مقتضى اللغة ومستعمل الخطاب فإذا قلنا انه يقع عليه بعرف الخطاب جاز أن يستدل عليه بقوله يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة لان معنى ذلك ان اسم الهدى واقع على الشاة وانها أقل ما يقع عليه اسم هدى وان علمنا ذلك بدلالة من جهة التوقيف أو الدليل فان كانت هذه اللفظة لا تختص في اللغة بالشاة لم يجز أن يحتاج على ذلك بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة لان اسم المستيسر من الهدى لا يقع عليه وانما يحتاج بهذه الآية على من لا يطلق على الشاة اسم الهدى ويمنع من ذلك وأما من يقول ان اسم الهدى ينطلق عليها وعلى غيرها فلا يحتاج عليه بهذه الآية وانما يحتاج عليه بعموم قوله فما استيسر من الهدى ولفظ البدن عام في كل ما يتناوله من بدن أو بقرة أو غنم وقد روى طاوس عن ابن عباس قال ما استيسر من الهدى كل بقدر يسارتها فانتضى بهذا القول ان ما استيسر من الهدى في حق الغنى البدنة وفي حق غيره البقرة وفي حق الفقير الشاة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما استيسر من الهدى يحتمل معنيين أحدهما ان يشير به الى أقل أجناس الهدى والثاني الى أقل صفاته فاما أقل أجناس الهدى فهو الشاة وأما أقل صفات كل جنس منها فهو ما روى عن عبد الله بن عمر انه قال البدنة دون البدنة والبقرة دون البقرة فهذا عنده أفضل من الشاة ولا خلاف نعلمه في ذلك وانما كان الخلاف في هذه المسئلة ان عبد الله بن عمر كان يمنع الواحد للبدنة أو البقرة ان يهدي الشاة اما منع تعريم أو منع كراهية وغيره ممن يخالفه يطلق للواحد ان يهدي الشاة مع وجود البدنة والبقرة ولفظ ما استيسر من الهدى يقتضى المستيسر منه على المخرج له لان المستيسر من الهدى انما يعود الى حال المخرج ان تيسر له اخراجه وتكون ذلك ينصرف الى الغنى وينصرف الى التمكن وسهولة التناول وأما الادون والاقل فلفظ المستيسر فيه أظهر والاظهر في هذه المسئلة أن يقول فيه على ما تعلق به مالك من انه اذا ثبت ان اسم الهدى ينطلق على الشاة بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وانه قد وقع الاتفاق على أن الشاة يتناولها في هذه الآية اسم الهدى فان قوله تعالى فما استيسر من الهدى يتناول الشاة وغيرها مما يقع عليه اسم الهدى وانه يجوز اخراج الشاة مع وجود غيرها لان قوله تعالى فما استيسر يقتضى ما تيسر على المخرج وسهل عليه وهذا اللفظ انما يستعمل في التخفيف والتجوز عن اليسر ولو قلت لانسان افعل ما تيسر عليك لفهم منه انه يجوز عنه ما يقع عليه اسم الفعل وتعليق هذا باختياره وما هو أسهل عليه ولو لم يرد ذلك لقال فما وجد من الهدى والله أعلم .

(فصل) وقول مالك رضي الله عنه وقد سمي الله تعالى الشاة هديا وكيف يشك أحد في ذلك وكل شيء لا يبلغ أن يحكم فيه بغير أو بقرة فالحكم فيه بشاة وما لا يبلغ الشاة لم يحكم فيه بهدى يقتضى الدلالة على معنيين أحدهما ان اسم الهدى يقع على الشاة لانه اذا بلغ أن يحكم في الصيد بشاة جاز اخراجها وهذا يقتضى ان اسم الهدى يتناولها والثاني انه اذا لم يبلغ الصيد أن يحكم فيه بشاة لم يحكم فيه بهدى وهذا

حرم ومن قتله منكم متعمدا
فجزاء مثل ما قبل من
النعم يحكم به ذوا عدل منكم
هديا بالغ الكعبة أو كفارة
طعام مسكين أو عدل
صياما فام يحكم به في الهدى
شاة وقد سماها الله هديا
وذلك الذي لا اختلاف
فيه عندنا وكيف يشك
أحد في ذلك وكل شيء
لا يبلغ أن يحكم فيه بغير
أو بقرة فالحكم فيه بشاة
وما لا يبلغ أن يحكم فيه
بشاة فهو كفارة من صيام
أو اطعام مسكين

• وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول (١٢) ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة • وحدثني

عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان مولاة لعمره بنت عبد الرحمن يقال لها رقية أخبرته انها خرجت مع عمرة بنت عبد الرحمن الى مكة قالت فدخلت بعمره مكة يوم النزوية وأنا معها فطافت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم دخلت صفة المسجد فقالت أمعك مقصان فقلت لا فقالت فالتمسه لي فالتمسته حتى جئت به فأخذت من قرون رأسها فلما كان يوم النحر ذبحت شاة

• جامع الهدى •

• حدثني يحيى عن مالك عن صدقة بن يسار المكي ان رجلا من أهل اليمن جاء الى عبد الله بن عمر وقد ضفر رأسه فقال يا أبا عبد الرحمن اني قدمت بعمره مفردة فقال له عبد الله بن عمر لو كنت معك أو سألتني لأمرتك أن تقرن فقال اليماني قد كان ذلك فقال عبد الله بن عمر خذ ما تطاير من رأسك واهد فقالت امرأة من أهل العراق ما هديه يا أبا عبد الرحمن قال هديه قالت ما هديه فقال عبد الله بن عمر لو لم أجد إلا أن أذبح شاة لكان أحب الي من أن أصوم • ش قوله ان السائل سأل ابن عمر وقد ضفر رأسه وهو نوع من التلبيد فقال اني قدمت بعمره فكره عبد الله بن عمر ان يحلق واختار ان يكون الحلاق في الحج فقال لو كنت معك لأمرتك أن تقرن لأنه كان يجمع بين العمرة والحج ويحلق لهما مرة واحدة فكان ذلك أحب اليه من ان يحلق رأسه في العمرة ولا يجسد شعره يحلقه في حجه وقد روى عن مالك في المختصر فحين قدم معتمرا يوم التروية لا يحلق ويقصر ويلبذ في الحج قال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك ليبقى له من الشعر ما يحلقه يوم النحر فلذلك رأى التقصير أفضل (فصل) وقول اليماني قد كان ذلك يريد انه قد فات أمر القران بفوات محل الازداف لتمام الطواف والسعي ولذلك لم يأمره عبد الله بن عمر بشئ غير التقصير ولم يذكر طوافا ولا سعيًا فدل ذلك على انه قد فهم من اليماني انه قد كان أكمل الطواف والسعي فلم يبق الآن يشير عليه بأفضل ما يراه في هذه الحال التي قد فات فيها القران

يقتضي أن اسم الهدى لا يتناول ما هو دونها فافتضى ذلك عنده ان اسم الهدى ينطلق على الشاة ص • مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة • ش قوله ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة ظاهره يقتضي ان هذا الوصف يختص بالبدنة والبقرة وان الشاة غير مرادة بالآية اما من جهة اللغة واما من جهة الدليل عنده واذا ثبت ان اسم الهدى واقع على الشاة وجب ان يتناولها الوصف وان تستحقه وان تتناولها الآية بحق العموم ص • مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان مولاة لعمره بنت عبد الرحمن يقال لها رقية أخبرته انها خرجت مع عمرة بنت عبد الرحمن الى مكة قالت فدخلت بعمره مكة يوم التروية وأنا معها فطافت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم دخلت صفة المسجد فقالت أمعك مقصان فقلت لا فقالت فالتمسه لي فالتمسته حتى جئت به فأخذت من قرون رأسها فلما كان يوم النحر ذبحت شاة • ش قوله انها دخلت مكة يوم التروية فطافت وسعت يحتمل أن تكون اعلت بالحج فطافت للورد وسعت للحج على ما يفعل غير المراهق ويحتمل ان تكون متمتعًا اهل بعمره وطافت وسعت لعمرتها ثم قصرت لعلها ثم أحرمت بالحج من مكة وخرجت الى منى وهذا هو الاظهر لتقصيرها بعد ذلك وذبحها يوم النحر شاة عن متعتها وادخل مالك رحمه الله هذا الحديث في هذا الباب دليل على انه جل ذلك على انها كانت متمتعًا فخرجت باجترائها بالشاة عن تمتعها على ان الشاة مرادة بقوله تعالى فما استيسر من الهدى وقد كان يحتمل أن يقال انه فدية لا ماطنها الاذى الا انه لم يذكر حاجة الى ذلك ولا امر ضايق يقتضي اماطة أذى ولا يوصف ذلك بالاخذ من القرون في عرف الاستعمال وانما يوصف بما طاة الأذى والله أعلم

• جامع الهدى •

ص • مالك عن صدقة بن يسار المكي ان رجلا من أهل اليمن جاء الى عبد الله بن عمر وقد ضفر رأسه فقال يا أبا عبد الرحمن اني قدمت بعمره مفردة فقال له عبد الله بن عمر لو كنت معك أو سألتني لأمرتك أن تقرن فقال اليماني قد كان ذلك فقال عبد الله بن عمر خذ ما تطاير من رأسك واهد فقالت امرأة من أهل العراق ما هديه يا أبا عبد الرحمن قال هديه قالت ما هديه فقال عبد الله بن عمر لو لم أجد إلا أن أذبح شاة لكان أحب الي من أن أصوم • ش قوله ان السائل سأل ابن عمر وقد ضفر رأسه وهو نوع من التلبيد فقال اني قدمت بعمره فكره عبد الله بن عمر ان يحلق واختار ان يكون الحلاق في الحج فقال لو كنت معك لأمرتك أن تقرن لأنه كان يجمع بين العمرة والحج ويحلق لهما مرة واحدة فكان ذلك أحب اليه من ان يحلق رأسه في العمرة ولا يجسد شعره يحلقه في حجه وقد روى عن مالك في المختصر فحين قدم معتمرا يوم التروية لا يحلق ويقصر ويلبذ في الحج قال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك ليبقى له من الشعر ما يحلقه يوم النحر فلذلك رأى التقصير أفضل

(فصل) وقول اليماني قد كان ذلك يريد انه قد فات أمر القران بفوات محل الازداف لتمام الطواف والسعي ولذلك لم يأمره عبد الله بن عمر بشئ غير التقصير ولم يذكر طوافا ولا سعيًا فدل ذلك على انه قد فهم من اليماني انه قد كان أكمل الطواف والسعي فلم يبق الآن يشير عليه بأفضل ما يراه في هذه الحال التي قد فات فيها القران

(فصل) وقول عبد الله بن عمر احلق ما تطاير من رأسك يريد ما علا من الشعر عن التصفير وهذا لا يصح عند مالك في التقصير ولا يجزئه الا الاخذ من جميع الشعر بل لا يجزئ من ضفر التقصير ولا

يجزئه الا الحلاق ولكنه لعلة قد أمره بنقص ما صفر منه ثم حينئذ يأخذ ما زاد من شعره على المشط أو على ما يبقيه التقصير وأما ان حل على ظاهره فعنده يجوز التقصير بأخذ بعض الشعر وعند مالك غير مجزئ وسيأتي ذكره وبيان حكمه في موضعه ان شاء الله

(فصل) وقوله وأهدى يحتمل أن يردهدى المتمتع لانه اعتمر في أشهر الحج وهو يريد أن يحج من عامه فلزمه هدى المتمتع ويحتمل أن يكون أمره من التقصير بأكثر ما يقدر عليه وان لم يكن مجزئاً عنه ثم أمره مع ذلك بالهدى لما أخره من الحلاق أو التقصير المجزئ وقد قال مالك في العتية فبين أتم عمرته ثم أحرم بالحج ثم ذكر انه لم يقصر فعليه هدى لذلك مع هدى المتمتع فقالت امرأة عراقية ما سدي به يا أبا عبد الرحمن يحتمل قولها أحداً من أحدهما أن تسأله عن هدى من أتى بمثل ذلك في الجملة والثاني أن تسأله عن هدى ذلك الرجل خاصة في مثل يساره وحاله فتوقف عن الجواب لاختياره لذي اليسار البدنة أو البقرة ولعله قدر أي من حال ذلك الرجل أن يده لا تتسع لذلك فكره أن يفتي بالشاة فيتعلق بذلك من يقدر على البدنة أو البقرة فاما كررت عليه السؤال تعين عليه الجواب امالانه رأى ان المرأة ممن يجب تعليمها مثل هذا الحكم أو لعلمها قدرها مثل ذلك في خاصة نفسها أو لانه خاف فوات اليماني ومغيبه عنه من قبل أن يعلم ما حكمه فقال لو لم أجد إلا أن أذبح شاة لكان أحب الي من أن أصوم فصرح بجواز ذبح الشاة في مثل ذلك لمن لم يجد غير ذلك وانه أحب اليه من الصوم وأحب هاهنا وان كان لفظه لفظ الاستحباب فظاهره الوجوب بالاتفاق على انه لا يجوز الانتقال الى الصوم الا عند عدم ما يجزئ من الهدى ويحتمل أن يرده بذلك التشدد في الفضيلة والمنع مما هو عنده أقل الهدى لذي اليسار والله أعلم وقد قال مالك في الموازية لم يقدر على الحلاق ولا التقصير من وجع به فعليه بدنة فان لم يجد بقرة فان لم يجد فشاة فان لم يجد صام ثلاثة أيام وسبعة وقال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك لان البدنة أفضل الهدى وأنفع للسالكين فاستحب مالك أن يأتي بالبدنة اذا وجد فن لم يجد بقرة فان لم يجد فشاة وذلك أدنى الهدى ومعنى ذلك على ما قاله الشيخ أبو بكر الاستحباب لا على معنى انه لا تجزئ الشاة عن البدنة وعلى هذا يمكن أن يحمل قول ابن عمر والله أعلم ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها وان كان لها هدى لم تأخذ من شعرها شيئاً حتى تنحر هديها * ش قوله المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها يحتمل قوله اذا حلت وجهين أحدهما اذا بلغت من نسكها موضع الاحلال للتقصير وهذا يكون في الحج والعمرة والثاني اذا حلت برمي الجمار فانه نوع من الاحلال وهذا احلال مختص بالحج فنهاها عن أن تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها ومعناه أن تقصر فتأخذ من قرون شعر رأسها وأما منعها من الامتشاط قبل أن تقصر فلا يخلو أن تكون معتمرة أو حاجرة فان كانت معتمرة فقد قال ابن القاسم في الموازية ليس للمحرم المعتمر أن يغسل رأسه قبل أن يحلقه أو يقتل شيئاً من الدواب أو يلبس قميصاً بعد تمام السعي وأما في الحج فان ذلك مشروع قال مالك في الموازية ومن الشأن أن يغسل رأسه بالغاسول والخطمي حين يريد أن يحلق ولا بأس أن يتنور ويقتص أظفاره ويأخذ من شاربه ولحيته قبل أن يحلق وانما كره ذلك للمعتمر لان التقصير والحلاق بهما يتحل لالقاء التفث وبه يتدأ فيه

(فصل) وقوله حتى تأخذ من قرون رأسها يقتضي استيعاب ذلك بالتقصير دون الاقتصار على التقصير من بعضه دون بعض وهو الواجب عند مالك وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها وان كان لها هدى لم تأخذ من شعرها شيئاً حتى تنحر هديها

(فصل) وقوله فان كان لها هدى لم تأخذ من شعرها حتى تنحر هديها يريد أن النحر مقدم على الخلاق والاصل في ذلك قوله تعالى ولا تعلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ص * مالك انه سمع بعض أهل العلم يقول لا يشترك الرجل وامرأته في بدنة واحدة ليهلك واحد منهما بدنة بدنة * ش قوله لا يشترك الرجل وامرأته في بدنة على وجه الاخبار عن أن ذلك ممنوع غير مجزئ ولا مشروع وقد تقدم كذا منافي ذلك وانما خص الرجل وامرأته بالمنع من ذلك لان الرجل يجوز له أن يشترك امرأته في الاضحية وان لم يجزله أن يشترك أجنبية فلما نص على انه لا يجوز للرجل أن يشترك امرأته في الهدى كان فيه تنبيه على ان امتناع ذلك في الاجنبية أولى مع ما في ذلك من التفريق بين الهدى

والاضحية في هذا الحكم وقد تقدم ذكره بما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ليهلك واحد منهما بدنة بدنة يريد أن حكمهما في ذلك حكمه وان هدى كل واحد منهما بدنة كاملة سالمة من المشاركة فيها وفي ذلك تنبيه على ان هذا أقل ما يجب أن ينفرد به كل واحد منهما من جنس الهدى لانه لما منع الاشتراك ثم أباح لكل واحد واحد كاملة اقتضى ذلك ان هذا أقل الهدى وبين أيضا ان الانفراد بالهدى حكم البدن وغيره التلايظن ظان انه يجوز الاشتراك في البدن وان لم يجز في الغنم والله أعلم ص * قال يحيى سئل مالك عن بعث معه هدى ينحره في حج وهو مهمل بعمره هل ينحره اذا حل أم يؤخره حتى ينحره في الحج ويحل هو من عمرته فقال بل يؤخره حتى ينحره في الحج ويحل هو من عمرته * ش قوله عن بعث معه هدى لينحره في حج يقتضي ان لبعثه في الحج تأثيرا يمنع من نحره في غيره قال مالك ويبعث الرجل بهديه مع حاج أو معتمر فان بعث به مع غير معتمر لم أر به بأسا وأجزأ عنه ومعنى ذلك انه لا تعلق للهدى بنسك الحامل له وانما تعلقه بالوجه الذي أمر أن يذبحه عليه فن بعث معه هدى لينحره في الحج فأنما بعث به معه لتلايظن ظان انه يجوز الاشتراك في أخذها على ذلك فعليه الوفاء بما عاهد عليه والتزم فعله وهل يختص ذلك بحج الذي أرسل معه أو بحج الناس * قال القاضي أبو الوليد لم أر فيه نصا وعندى انه انما يتعلق ذلك بحج الناس فعلى الحامل للهدى أن يقف به بعرفة وينحره مع الناس يوم النحر بمنى حج هو أو لم يحج ولذلك قال مالك في هذه المسئلة لا ينحره الا في الحج ولم يتعلق ذلك بحجه قال ويحل هو من عمرته يريد انه دخل بعمره لكن الهدى الذي أرسل معه انما أرسل معه على أن ينحره في الحج (مسئلة) ولو أن باعث الهدى لينحره في حج خرج معتمرا فأدركه أخر حتى ينحره في الحج ورواه محمد عن مالك ووجه ذلك انه لما قلدوا وجب على النحر في الحج لم يمنع من ذلك ولا غير هذا الحكم الذي أوجب فيه ادراكه له كما لو قلده على أن ينحره في الحج ودخل متمتع كان حكمه أن لا ينحره في عمرته وكان عليه أن يؤخره حتى ينحره في حجه ص * قال يحيى قال مالك والذي يحكم عليه بالهدى في قتل الصيد أو يجب عليه هدى في غير ذلك فان هديه لا يكون إلا بركة كما قال الله تبارك وتعالى هديا بالغ الكعبة فأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة فان ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه أن يفعله فعله * ش وهذا كما قال وذلك ان بدل الصيد ثلاثة أشياء هدى أو طعام أو صيام فأما الهدى فانه لا ينحر إلا بركة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة وهل يجزئه أن ينحره بمنى أم لا ظاهر قوله ههنا يمنع من ذلك ويقتضى اختصاصه بركة وكذلك يقتضيه استدلاله بقوله تبارك وتعالى هديا بالغ الكعبة غير أن حكم هذا الهدى حكم غيره من الهدايا ان ساقه وهو معتمر أو حلال نحره بركة ولو ساقه في حج فوقف به في عرفة لم يجزه أن ينحره الا بمنى في أيام منى قاله أشهب وابن القاسم عن مالك ووجه ذلك انه هدى

* وحديثي عن مالك انه

سمع بعض أهل العلم يقول

لا يشترك الرجل وامرأته

في بدنة واحدة ليهلك

واحد بدنة بدنة * وسئل

مالك عن بعث معه هدى

ينحره في حج وهو مهمل

بعمره هل ينحره اذا حل

أم يؤخره حتى ينحره في

الحج ويحل هو من عمرته

فقال بل يؤخره حتى ينحره

في الحج ويحل هو من عمرته

* قال مالك والذي يحكم عليه

بالهدى في قتل الصيد أو

يجب عليه هدى في غير

ذلك فان هديه لا يكون

إلا بركة كما قال الله تبارك

وتعالى هديا بالغ الكعبة

وأما ما عدل به الهدى من

الصيام أو الصدقة فان ذلك

يكون بغير مكة حيث أحب

صاحبه أن يفعله فعله

وقف به في عرفة فوجب أن ينحرف في أيام منى كهدي المتعة (مسئلة) فإن نحره بمنى أو بمكة فأراد أن يطعم منه مساكين الحل بأن ينقل ذلك إليهم جاز ذلك فيما حكاه القاضي أبو الحسن عن مالك وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يفرقه إلا في الحرم والدليل على ما نقوله أن هذا هدي جزاء الصيد فجاز أن يصرف إلى فقراء الحل أصل ذلك إذا دفع إليهم في الحرم وأيضا فقد صار بالتحرر طعاما فبطل اختصاصه بأهل الحرم

(فصل) وقوله وأما ما عدل به الهدي من الصيام أو الصدقة فإن ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه يقتضي هذا أن له أن يأتي بالصيام والأطعام حيث شاء من البلاد مكة أو غيرها فأما الصيام فلا تأثير للبلاد والمواضع والأزمان فيه ولذلك من أفطر رمضان بمكة وفي الصيف جاز له أن يقضيه في الشتاء وفي كل بلد ولا خلاف في ذلك نعرفه (مسئلة) وأما الأطعام فقد قال مالك في الموطأ وغيره أن ذلك يكون بغير مكة حيث شاء صاحبه ولم يرد كرسفة الإخراج بغير مكة وقد اتفق أصحابنا على جواز الإخراج بغير مكة وإن اختلفوا في كيفية الإخراج وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يفرق الطعام إلا في الحرم والدليل على ما نقوله أن هذا الطعام يدل عن نسك فجاز إخراج بغير مكة كفدية الأذى (مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يطعم الطعام إلا بموضع أصاب الصيد فيه ومأقار به حيث يجد المساكين ومعنى ذلك أن يقوم بسعر ذلك المكان ويستحب إخراج فيه لما قدمناه وقد قال ابن حبيب إن كان ببلد بسعر بلاد الإخراج أو أرخص اشترى بثمن الطعام حيث يصاب الصيد فأخرج ذلك الطعام وإن كان ببلد الإخراج أغلى أخرج تلك المكيلة ونحوه روى ابن المواز وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتبية أنه يخرج قيمة الطعام الذي حكم به عليه حيث أصاب الصيد فليشتر به طعاما كان السعر ببلد الشراء أرخص أو أغلى ونحوه روى عن أصبغ ص مالك عن يحيى بن سعيد عن يعقوب بن خالد الخزومي عن أبي أسامة مولى عبد الله بن جعفر أنه أخبره أنه كان مع عبد الله بن عمر فخرج معه إلى المدينة فمروا على حسين بن علي بن أبي طالب وهو مريض بالسقياء فأقام عليه عبد الله بن جعفر حتى إذا خاف الفوت خرج وبعث إلى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عيسى وهما بالمدينة فقدم عليهما ثم إن حسين أشار إلى رأسه فأمر على رضي الله عنه برأسه فحلق ثم نسك عنه بالسقياء فصر عنه بعيرا قال يحيى بن سعيد وكان حسين خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك إلى مكة ش قوله أنهم مروا على حسين بن علي وهو مريض بالسقياء وهو موضع بين مكة والمدينة وهو من المدينة ومقام عبد الله بن جعفر عليه يقتضي أنه كان يرجو أن يقوى على التوجه معه ولذلك لما أيس أن يدركه مع الحج وخاف الفوات أرسل إلى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عيسى يعلم ما بحاله ولم يرسل إليهما قبل ذلك لما رجا من صحته وقوته على إكمال نسكه ويحتمل أن يكون حسين رضي الله عنه توقف على أن يحل لما اعتقد أنه لا يحل له إلا البيت أولانه رجاء القوة على الوصول قبل فوات الحج وقد اختلف العلماء في ذلك فذهب مالك والشافعي إلى أن المحصر بمرض لا يحل له إلا البيت وقال أبو حنيفة هو كالمحصر بعند ويتحلل حيث أحصر والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهذا عام إلا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس أن هذا التحلل لا يستفاد به التخلص من أذى فوجب أن لا يجوز أصله إذا ضل في طريقه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فسواء شرط في إحرامه أن يحل حيث حبسه المرض أو لم يشترط ذلك لا يحل له إلا البيت وقال الشافعي إن شرط ذلك حل بالمرض والدليل على ما نقوله أن كل معنى لا يخرج به من العبادة بغير

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن يعقوب بن خالد الخزومي عن أبي أسامة مولى عبد الله بن جعفر أنه أخبره أنه كان مع عبد الله بن جعفر فخرج معه من المدينة فمروا على حسين بن علي وهو مريض بالسقياء فأقام عليه عبد الله بن جعفر حتى إذا خاف الفوات خرج وبعث إلى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عيسى وهما بالمدينة فقدم عليهما ثم إن حسين أشار إلى رأسه فأمر على رضي الله عنه برأسه فحلق ثم نسك عنه بالسقياء فصر عنه بعيرا قال يحيى بن سعيد وكان حسين خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك إلى مكة

شرط فانه لا يخرج به بالشرط أصل ذلك الكسل (مسئلة) ومن أحصر بمرض فقائه الحج فليحل بعمل العمرة وعليه الهدى ولا يجوز ذبحه الا بمكة أو منى قاله القاضي أبو الحسن. وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ينحره حيث أحصر في حل كان أو حرم والدليل على ما نقوله قوله تعالى والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير الى قوله ثم محلها الى البيت العتيق وقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وهذا يقتضى بلوغه الى مكة لانه قال في الآية الاولى ثم محلها الى البيت العتيق.

(فصل) وقوله ثم ان حسينا أشار الى رأسه يريدانه تأذى بشعره أو بهوام في رأسه فأمر على رضى الله عنه برأسه فحلق وذلك يقتضى ان لكل من به أذى من رأسه أن يحلق ويفتدى والا صل في ذلك قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وقد ورد حديث كعب بن عجرة بتفسير ذلك وسيأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى.

(فصل) وقوله ثم نسك عنه بالسقيا وهو موضع غلب عليه وأقام فيه وفدية الأذى جائز أن ينحرها بكل موضع لانها ليست بهدى فيكون لها تعلق بالبيت وانما هو نسك لا يقبل ولا يشعر ولا يحتاج أن يجمع له بين الحل والحرم فله ينحره حيث شاء والدليل على ذلك ان هذا دم ورد الشرع فيه بلفظ النسك فلم يختص بالحرم كالعقيقة والأضحية ولا يجوز أن يدعى ان البعير الذى ينحره على بن أبي طالب رضى الله عنه التحلل بذلك الموضع لوجوه أحدها ان أبا حنيفة الذى يبيح التحلل في موضع المرض لا يرى أن ينحر الهدى الا بمكة والشافعي الذى يجيز التحلل بالشرط ويرى ان من نحر الهدى حيث يحل لا يمكنه أن يعلم أنه اشترط التحلل ولا علمنا أحدا عمل به وقد روى عن الزهرى انه قال لم يقل أحدا بالشرط على أنه لو سلم له هذا فان على بن أبي طالب رضى الله عنه اشترى ما ينحره حيث ينحره روى ذلك حماد بن زيد ولم يقله ولا أشعره وهذا يدل على انه لم يكن هديا ساقه وانما كان دم فدية الاذى ولكنه اختار اخراج الأفضل وهو جائز عندنا وانما يجزى من ذلك الشاة ومن أخرج بدنة أو بقرة أجزأته بل ذلك أفضل.

(فصل) وقول يحيى بن سعيد وكان حسين قد خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك يريد خرج معه في توجهه للحج وقد روى سفيان بن عيينة عن يحيى بن سعيد أنه قال مرض حسين بالعرج فتعامل فلما بلغ السقيا اشتد به المرض فضى عثمان وبقي هو بالسقيا.

✽ الوقوف بعرفة والمزدلفة ✽

ص ✽ مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر ✽ ش قوله صلى الله عليه وسلم (١) عرفة كلها موقف يريد أن لا يختص بعضها بهذا الحكم دون بعض وان من وقف في أى موضع شاء منها فقد أجزأه ذلك من الوقوف بعرفة لثلايتضايق الناس بموضع وقوف النبي صلى الله عليه وسلم وقد قال عمر بن الخطاب يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا أنفسكم ولا تهلكوا أنفسكم على هذا المكان فان عرفة كلها موقف فهذا في الجواز وان كنا نستحب الوقوف في ذلك الموضع وما يقرب منه تبركا بالنبي صلى الله عليه وسلم وقد قال ابن حبيب وحيث يقف الامام أفضل وقد قال ابن المواز عن مالك ليس في موضع من ذلك فضل اذا وقف مع الناس ومن تأخر عن الناس فوقف دونهم أجزأه قال ابن المواز اذا ارتفع عن بطن عرنة

✽ الوقوف بعرفة والمزدلفة ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر

(١) قال الشيخ أبو اسحق عرفة كل سهل وجبل أقبل على الموقف فيما بين التلعة التي تلى طريق نعمان والتي تفضى الى حصن وما أقبل من كبكب الى عرفة اه

* حدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه كان يقول اعلّموا أن عرفة كلها موقف الا بطن عرنة وان المزدلفة كلها موقف الا بطن محسر * قال مالك قال الله تبارك وتعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج قال فارت أصابة النساء والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أحل لكم ليلة الصيام ارفثا إلى نسائكم قال والفسوق الذبح للأنصاب والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أوفسقا أهل لغير الله به قال والجدال في الحج أن قريشا كانت تقف عند المشعر الحرام بالمزدلفة بقرح وكانت العرب وغيرهم يقفون بعرفة فكانوا يتجادلون يقول هؤلاء نحن أصوب ويقول هؤلاء نحن أصوب فقال الله تعالى ولكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه فلا ينار عنك في الأمر وادع إلى ربك انك لعلى هدى مستقيم فهذا الجدال في الحج فيما ترى والله أعلم وقد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ارتفعوا عن بطن عرنة بمحتمل معنيين أحدهما أن تكون عرنة من جملة ما يقع عليه اسم عرفة فيكون ذلك استثناء مما عظمه بقوله عرفة كلها موقف فكانه قال صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف الا بطن عرنة على حسب ما قال ابن الزبير بعد هذا ويؤيد هذا التأويل أنه لم يمد عرفة من غير جهة عرنة واقتصر على أن يكون الموقف يختص بالموضع الذي يتناولها هذا الاسم فدل ذلك على أنه احتاج إلى استثنائها كما لم يستثن ما ليس من عرفة من سائر الجهات وإن كنا نعلم أنه لا يجوز الوقوف به وبمحتمل أن تكون عرنة ليست من عرفة ولا يتناولها اسمها فيكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم ارتفعوا عن بطن عرنة على معنى قصر هذا الحكم على عرفة وما قرب منها ولذلك قال ارتفعوا عن بطن عرنة مع قربها من عرفة وقد قال مالك في الموازية بطن عرنة هو واد في عرفة يقال إن حائط مسجد عرفة القبلي على حده لو سقط ما سقط الا فيه وقدر روى ابن حبيب أن عرفة في الحل وعرنة في الحرم وبطن عرنة الذي أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالارتفاع عنه هو بطن الوادي الذي فيه مسجد عرفة قال في الموازية من وقف بالمسجد فقد خرج عن بطن عرنة ولكن الفضل بقرب الامام وقال ابن القاسم ليس الوقوف له بحسن وقدر روى ابو القاسم بن الجلاب انه لا يجزى الوقوف ببطن عرنة قيل فان فعل حتى دفع قال لا أدري وقد تاه ابن عبد الحكم قال أصبح لاحج له وراه من بطن عرنة قال مالك لا أحب أن يقف على جبال عرفة ولكن مع الناس (فصل) وقوله والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر على مثل ذلك يحمل من التأويل ما تقدم في قوله صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة وقال ابن المواز كان الناس يستحبون الوقوف على الجبل الذي يقف عليه الامام وقال ابن حبيب ويقف الامام حيث المنارة التي على قرح والمشعر ما بين جبلي المزدلفة ويقال لها أيضا جع قال ابن حبيب ما بين الجبلين موقف قال ابن أبي نجيح ما صلب من محسر في المزدلفة فهو منها وما صلب منه في منى فهو منها (مسئلة) وقد قال أشهب يستحب الوقوف بالمزدلفة مع الامام وروى ابن المواز عن ابن القاسم انما لا يقف بالمشعر بعد دفع الامام من بابها أو وقف معه وأما من أتى بعد الغجر فليقف ما لم يسفر جسدا وان دفع الامام ص * مالك عن هشام بن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه كان يقول اعلّموا أن عرفة كلها موقف الا بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر * ش قوله اعلّموا أن عرفة كلها موقف الا بطن عرنة على سبيل الاجتهاد في تعليم هذا الحكم والمبالغة في تبيينه وقوله الا بطن عرنة أظهر في أحد التأويلين وهو أن تكون عرنة من عرفة ومحسر من المزدلفة ولذلك استثناءها من جملة ما أباح به الوقوف له من عرفة والمزدلفة وقد يجوز عندنا أن يكون استثناء من غير الجنس فتكون عرنة من غير عرفة ومحسر ليس من المزدلفة الا ان الاول أظهر فاذا قلنا بجواز ذلك وجعلناه على أنه استثناء من غير الجنس فعناء الا أن بطن عرنة على قربها من عرفة لا يجوز الوقوف به تعديدا للمكان الوقوف وتحذيرا من أن يجري أحدا ما قرب من عرفة مجرى عرفة ص * قال مالك قال الله تبارك وتعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج قال فارت أصابة النساء والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أحل لكم ليلة الصيام ارفثا إلى نسائكم قال والفسوق الذبح للأنصاب والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أوفسقا أهل لغير الله به قال والجدال في الحج أن قريشا كانت تقف عند المشعر الحرام بالمزدلفة بقرح وكانت العرب وغيرهم يقفون بعرفة فكانوا يتجادلون يقول هؤلاء نحن أصوب ويقول هؤلاء نحن أصوب فقال الله تعالى ولكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه فلا ينار عنك في الأمر وادع إلى ربك انك لعلى هدى مستقيم فهذا الجدال في الحج فيما ترى والله أعلم وقد

سمعت ذلك من أهل العلم * ش الذي ذكره مالك في تأويل الآية هو قول جماعة من أهل العلم فأما
الرفث فقال مالك أنه أصابة النساء يريد بذلك الجماع وقد روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس واحتج
مالك على ذلك بآية الصوم ولا خلاف أن الرفث في آية الصوم أصابة النساء وأما في آية الحج فقد قيل
أنه الجماع وقال عطاء هو الجماع وما دونه من قول الفحش وروى طاوس عن ابن عباس أن
الرفث في آية الحج الأغراء به وهو التعريض للنساء بالجماع

(فصل) وأما الفسوق فقد قال مالك أنه الذبح للأنصاب واحتدل على ذلك بقوله تعالى أو فسقا أهل
لغير الله به وروى مجاهد عن ابن عمر رحمه الله أنه قال الفسوق السباب وقال ابن عباس الفسوق
المعاصي وقد قال ربيعة الفسوق قول الزور وإنما قصد مالك رحمه الله إلى الاستدلال بالقرآن لأنه
قد ورد لفظ الفسوق فيه والمراد به الذبح للأنصاب والحج مما شرع فيه الذبح وارقة الدماء فخص
بالنهي عن ذلك وإن كان قد نهى عن المعاصي جملة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ولا يمتنع عندي
أن يكون الفسوق في الآية كل ما يفسق به من المعاصي والذبح للأنصاب من جملة ذلك

(فصل) وأما الجدل فذهب مالك إلى أنه الجدل في الموقف يوم عرفة وبه قال ربيعة وقال ابن عمر
وابن عباس الجدل المراء زاد ابن عباس أن تمارى صاحبك حتى تغضبه وقال القاسم بن محمد هو
قول بعضهم الحج اليوم وقول بعضهم الحج غدا وإنما ذهب مالك إلى تخصيص الاختلاف بهذا المعنى
دون غيره من وجوه الجدل لأنه حمل قوله تعالى ولا جدال في الحج على المنع من الجدل في أمر الحج
خاصة ولا يمتنع حمل الآية على عمومها إلا أن يدل الدليل على التخصيص فيكون الرفث الجماع وكل
قيح من الكلام والفسوق كل معصية والجدال كل مراء ممنوع منه فهذا كله وإن كان ممنوعاً في
غير الحج إلا أنه يتأكد أمره في الحج

* وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته *

ص * قال يعقبي سئل مالك هل يقف أحد بعرفة أو بمزدلفة أو رمى الجمار ويسعى بين الصفا والمروة
وهو غير طاهر فقال كل أمر تصنعه الحائض من أمر الحج فإرجل يصنعه وهو غير طاهر ثم لا يكون
عليه في ذلك شيء وليكن الفضل أن يكون الرجل في ذلك كله طاهراً ولا ينبغي له أن يتعمد ذلك *
ش قوله كل شيء تفعله الحائض من أمر الحج فإرجل يفعلها وهو غير طاهر كذب بين لأن الحائض
محدثة حدثاً كبيراً فإذا جاز لها أن تفعل سائر المناسك دل ذلك على أن المحدث والجنب يفعلها
بدليل أن ما شترط الطهارة في صحتها لا تفعله الحائض من الطواف وأما ما لا يشترط الطهارة
في صحتها من الوقوف بعرفة أو بالمزدلفة أو رمى الجمار أو السعي بين الصفا والمروة ففعل الحائض له
وأجزأه عما مع حديث دليل على أن المحدث والجنب يصح منهما فعله غير أنه قال فالرجل يفعلها وهو
غير طاهر وهذا اللفظ يقع على المحدث ويقع على الجنب ويحتمل أن يريد بهما أو يريد أحدهما

(فصل) وقوله ثم لا شيء عليه يحتمل أن يريد بذلك لأقضاء عليه ويحتمل أن يريد لأقضاء ولا
جبران وقد روى ابن حبيب عن مالك من حفرة غائط أو بول في السعي فليقض حاجته ويتوضأ
ثم يتم سعيه وقال مالك في العتية من أحدث في سعيه فمأدى فلا إعادة عليه وأحسن من ذلك لو توضأ
وتم سعيه وروى أشهب عن مالك أن حاضت امرأة بعد أن ركعت وأجزأها بالجملة أن جميع
أفعال الحج يفعلها غير الطاهر ما خلا الطواف والاصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها أنها
قالت قد سميت مكة وأنا حائض ولم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك إلى رسول صلي

سمعت ذلك من أهل العلم

* وقوف الرجل وهو

غير طاهر ووقوفه

على دابته *

سئل مالك هل يقف

الرجل بعرفة أو بالمزدلفة

أو يرمي الجمار أو يسعى

بين الصفا والمروة وهو

غير طاهر فقال كل أمر

تصنعه الحائض من أمر

الحج فالرجل يصنعه وهو

غير طاهر ثم لا يكون

عليه شيء في ذلك ولكن

الفضل أن يكون الرجل

في ذلك كله طاهراً ولا

ينبغي له أن يتعمد ذلك

الله عليه وسلم فقال افعل كما يفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت حتى تطهري

(فصل) وقوله والفضل أن يكون ارجل طاهر في ذلك كله يريد أنه أفضل لأنه مما شرعت فيه الطهارة استحبابا وقد روى ابن وهب عن مالك واستحب بعض العلماء التطهير للسعي ولرمى الجمار ولو قوف غرفة ومزدلفة ومن لم يفعل فلا شيء عليه وهذا الغسل انما هو غسل للتنظيف كغسل الجمعة وغسل دخول مكة ولكنه يقوى أن الطهارة مشروعة لهذه المناسك مع نظافة الاعضاء فلها قال ولا ينبغي لأحد أن يتعمد ذلك أي ولا ينبغي له أن يتعمد الوقوف على غير طهارة وقاله ابن الماجشون ص قال يحيى وسئل مالك عن الوقوف بعرفة قال كبا أي نزل أم يقف را كبا فقال بل يقف را كبا إلا أن يكون به أو بدابته عليه قاله أعذر بالعدر * ش قوله بل يقف را كبا على وجه الاستحباب للوقوف على الرحلة والاصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وقف على بعيره وقد تقدم من حديث أم الفضل بنت الحارث ويحتمل ذلك معنيين أحدهما طلب القوة والاستظهار على الدعاء والثاني أن الاتفاق مشروع في الحج وله تعلق بالمال وقطع السفر كالجهاد

(فصل) وقوله إلا أن يكون به أو بدابته عليه قاله أعذر بالعدر يريد والله أعلم أن الركوب أفضل لصاحب الرحلة وإن لم يكن شرطاً في صحة الوقوف وانما هو على معنى الاستحباب فإن عاقبه عذر منعه كان العذر به أو بدابته فهو معذور في تركه المستحب واقتصره على الادون (مسألة) اذا ثبت ذلك فن وقف غير را كبا فليكن وقوفه للدعاء قائماً فاذا عي فليجلس قاله مالك وقال الشيخ أبو اسحاق الماشي يقف قائماً أو جالس كل بقدر طاقته ووجه ذلك أنه أبلغ في التضرع والرغبة والخضوع وأما الرا كبا فذلك الحال أبلغ حالاته (مسألة) قال ابن حبيب فاذا ذهبت دعوت فاستقبل القبلة بالخشوع والتواضع والتبذل وكثرة الذكر بالنهليل والتكبير والتمجيد والتحميد والتسبيح والتعظيم والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء لنفسك ولوالديك والاستغفار وقال الشيخ أبو اسحاق يكثر من قول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وأراه ذهب الى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلي لا اله الا الله وحده لا شريك له

✽ وقوف من فاته الحج بعرفة ✽

ص ✽ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة من قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج ✽ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج ✽ ش قوله من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج يقتضي معنيين أحدهما أن يريد أن هذا آخر ما يدرك به الوقوف وإن كان يجوز الوقوف قبله ويجتزأ به والثاني أن يقصدتين زمان الوقوف فيكون معناه أن لم يقف ليلة المزدلفة بعرفة فلا وقوف له وقد فاته الحج وإن كان قد وقف قبل ذلك لأن ما قبل ذلك ليس بزمان لفرض الوقوف وإن كان زماناً لنافلته وهذا الوجه هو الأظهر في اللفظ لتعليقه الحكم على الليلة وقد ذهب مالك الى أن الوقوف لا يجزى بالنهار ولا بد من الوقوف بالليل والافضل عنده أن يقف نهاراً وليلاً وقال أبو حنيفة والشافعي الاعتماد على الوقوف بالنهار من يوم عرفة من وقت زوال الشمس الى الغروب والوقوف بالليل تبع فمن وقف جزأ من

✽ وسئل مالك عن الوقوف بعرفة للرا كبا أي نزل أم يقف را كبا فقال بل يقف را كبا إلا أن يكون به أو بدابته عليه قاله أعذر بالعدر

✽ وقوف من فاته الحج بعرفة ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة من قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج ✽ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج ✽ ش قوله من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج يقتضي معنيين أحدهما أن يريد أن هذا آخر ما يدرك به الوقوف وإن كان يجوز الوقوف قبله ويجتزأ به والثاني أن يقصدتين زمان الوقوف فيكون معناه أن لم يقف ليلة المزدلفة بعرفة فلا وقوف له وقد فاته الحج وإن كان قد وقف قبل ذلك لأن ما قبل ذلك ليس بزمان لفرض الوقوف وإن كان زماناً لنافلته وهذا الوجه هو الأظهر في اللفظ لتعليقه الحكم على الليلة وقد ذهب مالك الى أن الوقوف لا يجزى بالنهار ولا بد من الوقوف بالليل والافضل عنده أن يقف نهاراً وليلاً وقال أبو حنيفة والشافعي الاعتماد على الوقوف بالنهار من يوم عرفة من وقت زوال الشمس الى الغروب والوقوف بالليل تبع فمن وقف جزأ من

النهار أجزاء ومن وقف جزءاً من الليل أجزاء ويقولون مع ذلك ان من وقف جزءاً من النهار دون الليل فعليه دم ومن وقف جزءاً من الليل دون النهار فلا دم عليه والدليل على ما نقوله حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلاً حين غاب القرص وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب لاسيما في الحج وتقال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم ودليلنا من جهة القياس ان هذان من يصح صومه فلم يكن محلاً لفرض الوقوف أصل ذلك أول النهار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمستحب من الوقوف أن يصلي باثر الزوال والظهر والعصر ثم يتصل بذلك الراح الى الموقف فيتصل وقوفه به الى غروب الشمس فاذا غربت الشمس دفع وقد جمع بين النفل والفرض فان دفع قبل الغروب الا انه لم يخرج من عرفة الا بعد الغروب ففي كتاب ابن المواز عن مالك عليه الهدي وان خرج من عرفة قبل الغروب ثم رجع الى عرفة قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج وان لم يرجع فقد فاتته الحج وعليه حج قابل والهدي ومن وقف بعرفة ليلاً وترك الوقوف نهراً اختار افقد روى الشيخ أبو القاسم عليه الدم وهذا يقتضي وجوبه وان لم يكن ركناً من أركان الحج بانفراده ص ﴿ قال مالك في العبد يعتق في الموقف بعرفة فان ذلك لا يجزئ عنه من حجة الاسلام الا أن يكون لم يحرم فيحرم بعد أن يعتق ثم يقف من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان فعل ذلك أجزاء وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاتته الحج اذا لم يدرك الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة وتكون على العبد حجة الاسلام يقضيها ﴾ ش وهذا كما قال ان العبد اذا أحرم بالحج في حال رقة فان حجه قد وقع نفلاً لانه لم يكن يصح منه حج الفرض في حال رقة فاعمايت حجه على ما انعقد عليه من النفل فان أعتق بعد ان أحرم به عشية عرفة أو قبلها أو بعدها فان حجه لا يجزئ عن فرضه لان حجه انعقد نفلاً فلا ينقلب الى الفرض في قول مالك لان كل عبادة انعقدت نفلاً فانها لا تنقلب فرضاً كالصوم والصلاة

(فصل) وقوله الا أن يكون لم يحرم فيحرم بعد أن يعتق ثم يقف بعرفة من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان ذلك يجزئ به يدايه ان لم يكن أحرم بالحج وبقي حلالاً حتى أعتق فأدرك أن يحرم بالحج ويقف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة النحر فان حجه يجزئ عن فرضه لان احرامه انعقد بنية الفرض وهو ممن يصح منه الفرض ويلزمه بخلاف من كان قبل أن يعتق فان احرامه انعقد نفلاً فلا يجزئ عن أداء الفرض اذ الزمه (مسئلة) فان أحرم المعتق بعرفة فتيقطع التلبية قال مالك يلبي حين احرامه ثم يقطع التلبية وقال ابن الماجشون يلبي حتى يرى جرة العقبة

(فصل) وقوله وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاتته الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة يريده ان لم يحرم بعد عتقه حتى يطلع الفجر من ليلة النحر فقد فاتته الحج ولا يخلو أن لا يحرم بعد ذلك أو يحرم فان لم يحرم فلا شيء عليه الا حجة الاسلام في المستقبل ويحتمل أن يريد هذا بقوله كان بمنزلة من فاتته الوقوف بعرفة على تأويل انه لما رأى انه قد فاتته الوقوف بعرفة لم يحرم بالحج وهو الصواب الا أن يحرم به اذا طلع له الفجر من يوم النحر وكان في وقت يعلم انه ان أحرم طلع عليه الفجر قبل الوصول الى عرفة لانه دخل في حج متيقن انه لا يمكنه

(فصل) وقوله وتكون على العبد حجة الاسلام يقضيها يريده ان اذا فاتته الوقوف بعرفة اما لانه لم يحرم أو لانه أحرم قبل العتق أو أحرم بعد العتق فلم يمكنه الوقوف بعرفة فان حجة الاسلام باقية عليه لا يقضيها عنه ولا يسقط وجوبها بشئ مما تقدم والله أعلم وأحكم

قال مالك في العبد يعتق في الموقف بعرفة فان ذلك لا يجزئ عنه من حجة الاسلام الا أن يكون لم يحرم فيحرم بعد أن يعتق ثم يقف من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان فعل ذلك أجزاء وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاتته الحج اذا لم يدرك الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة ويكون على العبد حجة الاسلام يقضيها

﴿ تقديم النساء والصبيان ﴾

﴿ تقديم النساء

والصبيان ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن سالم وعبد الله بن عمران
أباهما عبد الله بن عمران
يقدم أهله وصبيانهم من
المزدلفة إلى منى حتى
يصلوا الصبح بمنى ويرموا
قبل أن يأتي الناس *
وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن عطاء
ابن أبي رباح أن مولاة
لأسماء بنت أبي بكر
أخبرته قالت جئت مع
اسماء ابنة أبي بكر منى
بغلس قالت فقلت لها
لقد جئت منى بغلس
فقلت قد كنا نضع ذلك
مع من هو خير منك *
وحدثني عن مالك أنه
بلغه أن طلحة بن عبيد
الله كان يقدم نساءه
وصبيانهم من المزدلفة
إلى منى * وحدثني عن
مالك أنه سمع بعض أهل
العلم يكره رمي الجرة
حتى يطلع الفجر من يوم
النحر ومن رمى فقد حل
له النحر *

ص * مالك عن نافع عن سالم وعبد الله بن عمران أباهما عبد الله بن عمران كان يقدم أهله وصبيانهم من المزدلفة إلى منى حتى يصلوا الصبح بمنى ويرموا قبل أن يأتي الناس * ش قوله كان يقدم أهله وصبيانهم من المزدلفة إلى منى السنة المبيت بالمزدلفة والوقوف بها بعد صلاة الفجر على ما يأتي ذكره وتفسيره بعد هذا أن شاء الله تعالى (مسئلة) والفرض من المبيت بمنى النزول فيها والمقام مقدار ما يرى أنه مقام فمن منعه من النزول بها مانع فقد قال ابن المواز عليه الدم وخو بدنة وقاله مالك وإن نزل بها ثم ارتحل عنها قبل الفجر أو لا عامدا أو جاهلا فقد قال ابن المواز يجزئ ولا شيء عليه (مسئلة) وهذا لمن جاءه الليلا فاما من جاءه بعد الفجر فقد قال أشهب في الموازية عليه الدم وإن كان من ضعفة الرجال والنساء والصبيان وقال ابن القاسم من جاءها بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس فنزل بها فقد أدرك ولا شيء عليه فجعل ما بعد الفجر وقتا للنزول بالمزدلفة وإن كان النزول غوى عن المبيت بها قال القاضي أبو الوليد وجه ذلك عندي أن الوقوف بالمزدلفة لما لم يكن ركنا من أركان الحج ولم يجب بتركه إلا الدم لم يقو قوة الوقوف بعرفة فيجب بتركه ما بعده الدم ومن أتى بعد الفجر فنزل أجزأه عن المبيت وإن كان قد أساء وترك الأفضل

(فصل) وقوله كان يقدم أهله حتى يصل الصبح بمنى يقتضى أن التقدم كان قبل الصبح وإن ذلك كان بمقدار ما يأتي منى لصلاة الصبح أو قبل ذلك فتجب صلاة الصبح وهم بها وإنما خص بذلك نساءه وصبيانهم للضعف عن زحمة الناس فأراد بذلك الرفق بهم على حسب ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان التعريس الذي هو فرض المبيت بالمزدلفة قد وجد منهم ولم يبق الأفضلية الوقوف مع الإمام فرخص لهم في ذلك لضعفهم وقدين ذلك بقوله ويرموا قبل أن يأتي الناس ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عطاء بن أبي رباح أن مولاة لأسماء بنت أبي بكر أخبرته قالت جئت مع أسماء بنت أبي بكر منى بغلس قالت فقلت لها لقد جئت منى بغلس فقالت قد كنا نضع ذلك مع من هو خير منك * ش قولها جئت مع أسماء بنت أبي بكر منى بغلس يحتمل أن تريد به قبل طلوع الفجر ويحتمل أن تريد به بعد طلوع الفجر وهو الأظهر ولذلك روى عن عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الصبح بغلس وإنكار الأئمة عليها آتيانها منى بغلس لما علمت أن السنة الوقوف بالمزدلفة إلى الأسفار فأنكرت عليها مخالفتها جماعة الحاج في ذلك فاعلمتها أسماء ما عندها في ذلك وهو أن النساء والضعفة قد أُرخص لهم في التقدم رفقا بهن فقالت كننا نضع هذا مع من هو خير منك يحتمل أن تريد بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقد روى عنها هذا الحديث مسندا ويحتمل أن تريد به من بعد النبي صلى الله عليه وسلم من الخلفاء أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ولعلها أرادت بذلك أن يرضى الله عنه ص * مالك أنه بلغه أن طلحة بن عبيد الله كان يقدم نساءه وصبيانهم من المزدلفة إلى منى * ش قوله كان يقدم نساءه وصبيانهم من المزدلفة لم يبين وقت التقديم فيحتمل أن يكون قدمهم قبل الفجر فيصلوا بمنى على ما تقدم في حديث أسماء ويحتمل أن يكون قدمهم بعد الفجر وقبل الوقوف إلا أن الرفق بهم أبلغ في تقديمهم قبل الفجر لأنه أخلى لهم وأمكن من أن يصلوا منى ويرموا وينزلوا قبل تضايق الناس والله أعلم ص * مالك أنه سمع بعض أهل العلم يكره رمي جرة العقبة حتى يطلع الفجر من يوم النحر ومن رمى فقد حل له النحر * ش قوله سمع

بعض أهل العلم يكره رمي جرة العقبة حتى يطلع الفجر من يوم النحر هذه كراهة على وجه المنع ونفي الاجزاء وذلك ان وقت الرمي النهار دون الليل ولذلك وصفت الايام بالرمي دون الليالي قال الله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات فوصفت الايام بانها معدودات للجهار المعدودات فيها فلا يجوز الرمي بالليل فمن رمي ليلاً أعاد وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ان من رمي بعد نصف الليل أجزأه والدليل على ما نقوله ما روى عن جابر انه رأى النبي صلى الله عليه وسلم من يوم النحر على راحته وهو يرميها مثل حصي الخندق ويقول خذوا عني مناسككم فاني لأدري لعلى لألقاكم بعد عاى هذا وداود يلنا من جهة القياس ان النصف الآخر من الليل وقت الموقوف بعرفة فلم يكن وقت الرمي كالنصف الاول (مسئلة) اذا ثبت انه لا يجوز قبل الفجر فانه يجوز بعده وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال الشافعي والنوري لا يجوز قبل طلوع الشمس والدليل على ما نقوله ان هذا وقت يجوز فيه الذبح فيجوز فيه الرمي كما بعد طلوع الشمس

(فصل) قوله ومن رمي فقد حل له النحر يقتضى تقديم الرمي على النحر وان النحر انما يحل له بعد الفجر وقوله فقد حل له النحر يقتضى معنيين أحدهما ان يريد به الحلول فيكون معنى ذلك قد حل وقت ذبحه ويحتمل ان يريد بذلك انه قد أبيع له اباحة عارية من الكراهية سالمة من التقديم على ما هو مرتب عليه وذلك ان الرمي مقدم على الذبح وهو المحفوظ من فعل النبي صلى الله عليه وسلم والاصل في ذلك ما روى عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمي جرة العقبة ثم انصرف الى البدن فتمرها ص * مالك عن هشام بن عروة ان فاطمة بنت المنذر أخبرته انها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر بالمزدلفة تأمر الذي يصلي لها ولاصحابها الصبح يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر ثم تركب فتسير الى منى وتقف * ش قولها انها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر تأمر الذي يصلي لها ولاصحابها الصبح يريد أنها كانت اتخذت اماما يصلي بها اذا لا يجوز لها ان تؤم من أحد رجالا ولا نساء وكان يشق عليها النهوض الى الموقف اما للضعف أو لما كان أصابها من العمى فاتخذت ممن كان يكون معها من يصلي بهم فتدرك بذلك فضل الجماعة

(فصل) وقولها انها كانت تأمر الذي يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر تريد انها كانت تقدم صلاة الصبح أول طلوع الفجر وهذه السنة لمن وقف بالمزدلفة ليهتكنوا من الوقوف والدعاء ولا يضيق وقت الوقوف عما يريدونه من طول الدعاء والتضرع الا انها كانت تقدم الصلاة لمعنى آخر وهو ان يمكنها التقدم الى منى ويمكنها الرمي في خلوة قبل التضايق والتراحم الذي تكرهه ولما كان يجمع ما تريد من التستر فكانت تقدم بذلك الدفع الى منى وترك الوقوف بالمزدلفة اذا كان قد فات بها وبالله التوفيق

* السير في الدفعة *

ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال سئل أسامة بن زيد وأنا جالس معه كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسير في حجة الوداع حين دفع قال كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص * قال مالك قال هشام ابن عروة والنص فوق العنق * ش سؤال السائل عن سير رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دفع يجوز ان يريد به الدفع من عرفة ويجوز ان يريد الدفع من المزدلفة الا أن اختصاص أسامة بوقف الدف من عرفة هو المشهور لانه كان رديف النبي صلى الله عليه وسلم حين

* وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر أخبرته انها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر بالمزدلفة تأمر الذي يصلي لها ولاصحابها الصبح يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر ثم تركب فتسير الى منى ولا تقف

* السير في الدفعة *

* حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال سئل أسامة بن زيد وأنا جالس معه كيف كان يسير رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع حين دفع قال كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص * قال مالك قال هشام ابن عروة والنص فوق العنق

دفع من المزدلفة فانه أردف الفضل بن عباس ولا يمنع أن يكون أسامة شاهد ذلك فأخبر عن الأمرين على أنه قد روى عن أسامة الاخبار عن الدفع من عرفة خاصة وأخبر في غيره عن الأمرين وسؤال السائل وحفظ أسامة لها دليل على اهتبال الناس بأمر الحج وحفظ سنة النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك حتى بلغوا إلى حفظ صفة مشيه واسراعه حيث أسرع وايساعه حيث أوضع ومنازله ومناقل أحواله

(فصل) وقوله كان يسير العنق يريد ضربا من السير ليس بالشديد رفقاً بالناس وتحرزا من اذاهم وليتسددوا به في رفق بعضهم على بعض ويحترز بعضهم من أذى بعض وهذا ما كان في جماعة الناس وزحامهم فاذا وجد فجوة وهي الفرجة من الأرض يريد ليس فيها أحد نص يريد انه أسرع في السير لان النص أرفع من السير وهذا يقتضي أن سنة المشي في الدفع الاسراع وانما يمسك عن بعضه لمانع من زحام أو غيره (مسألة) وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أمر بالسكينة والوقار روى ذلك الفضل بن عباس وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في عشيّة عرفة وغداة جمع للناس حين دفعوا عليكم بالسكينة وهو كافى ناقتة ومعنى ذلك أن لا يخرجوا من حد الوقار والسكينة بالزجر والايضاع فأما الاسراع في المشي الذي لا يخرج عن حد الوقار فان ذلك مشرع وغير ممنوع وفي هذا بيان * أحدهما في تعيين وقت الوقوف * والثاني في بيان وقت الدفع

﴿ الباب الأول في بيان وقت الوقوف ﴾

فأما بيان وقت الوقوف فان البائت بالمزدلفة يصلى الصبح في أول طلوع الفجر والأصل في ذلك حديث عبد الله بن مسعود انه قال هما صلاتان يحولان عن وقتيهما صلاة المغرب بعدما يأتي الناس المزدلفة والفجر حين يبرز الفجر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعلوه ومعنى ذلك انه من كان في ذلك الموضع يعجل صلاة الفجر قبل الصلاة بها في القواعد التي يحول البناء بين الفجر وبين المرتقب له حتى يرتفع والثاني لما يراد من تعجيل الوقوف (مسألة) وآخر وقت الوقوف اذا أسفر قبل أن تطلع الشمس وقد روى عن عمرو بن ميمون انه قال شهدت عمر صلى الله عليه وسلم وقف فقال ان المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون أشرف نبي وان النبي صلى الله عليه وسلم خالفهم ثم أفاض قبل أن تطلع الشمس

﴿ الباب الثاني في بيان وقت الدفع ﴾

وأما وقت الدفع فهو عند الاسفار المذكور متصلا بالوقوف ولا يبقى أحد حتى تطلع الشمس فان أراد الامام أن يؤخر حتى تطلع الشمس دفع قبله وقد فعل ذلك ابن عمر وأخرا ابن الزبير الوقوف بجمع حتى كادت الشمس أن تطلع فقال ابن عمر اني لاراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية فدفع ابن عمر ودفع الناس معه

(فصل) ولا يدفع أحد قبل الفجر قاله مالك ووجه ذلك ان الوقوف بعد النجر مسنون فلا يدفع قبل وقته والامام مقتدي به فلا يدفع قبله وهذا مع سلامة الحال فان كانت ضرورة تدعو إلى ترك الوقوف دفع قبل الفجر ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يحرك راحلته في بطن محسر * ش قوله كان يحرك راحلته في بطن محسر هو بطن وأدقرب المزدلفة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحرك ناقتة فيه قدر رمية بحجر وهو قدر بطن الوادي وقد قال مالك لا يركض

وحدثني عن مالك عن
نافع ان عبد الله بن عمر
كان يحرك راحلته في
بطن محسر

الحاج في بطن محسر قال ابن المواز ويسعى الماشي في بطن محسر كنعوم يحرك الزا كدابه

﴿ ما جاء في النحر في الحج ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بنى هذا المنحر وكل منى منحر وقال في
لعمره هذا المنحر يعني المروة وكل فجاج مكة وطرقها منحر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم بنى
هذا المنحر وكل منى منحر يريد والله أعلم ان الموضع الذي أشار اليه منحر ولعله أشار الى موضع نحره
نحسه بذلك لان منحر النبي صلى الله عليه وسلم فيه فضيلة وقد روى ان عبد الله بن عمر كان ينحرفه
ويقصده ويسابق اليه ومنحر النبي صلى الله عليه وسلم هو عند الجرة الاولى التي تلي مسجد منى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وكل منى منحر يريد انه وان كان هذا مخصوصا بالفضيلة لا اختصاصه
بنحره صلى الله عليه وسلم أو لغير ذلك من المعاني التي الله أعلم بها فان جميع منى منحر أيضا يجزى النحر
به وقوله صلى الله عليه وسلم هذا يقتضي اختصاص النحر بموضع مخصوص بمنى مختص بالنحر على
ثلاث صفات ان عدت منها صفة لم يجز النحر بمنى احداها ان يوقف بالهدى بعرفة والثانية ان يكون
النحر في أيام التشريق والثالثة ان يكون النحر في حج فتي اجتمع هذه الصفات لم يجز النحر
بغيرها رواه ابن المواز عن مالك وقال القاضي أبو اسحق لو نحر الهدى في أيام منى بمكة أجزأه ولم يشترط
وقوفه بعرفة وجه القول الأول قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله قد كرر النبي صلى
الله عليه وسلم ان للهدى محلا وقد نحر النبي صلى الله عليه وسلم هديه في الحج بمنى ولم ينحر بغيرها فثبت
أنها المنحر في الحج لان أفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب ووجه القول الثاني ما احتج به
القاضي أبو اسحق من ان مكة الأصل في النحر غير أن السنة في هدى الحاج أن يكون بمنى لانه اذا نحره
حلق رأسه فكان ذلك موضعه وقد روى عن ابن عباس أنه كان ينحر بمكة (مسئلة) اذا ثبت ذلك
فمنى كلها منحر الا ما خاف العقبة رواه محمد بن مالك ووجه ذلك ان ما وقع عليه اسم منى انما هو مادون
العقبة الذي هو منتهى منى ولذلك لا يجوز المبيت بمنى دون العقبة ليا الى التشريق فكل حكم يختص
بمنى لا يتعلق به مادون العقبة كالمبيت والنحر وغير ذلك من الأحكام والله أعلم

(فصل) وقوله وقال في العمرة هذا المنحر يعني المروة خص المروة بهذا القول لانه لا يتعلق لها
ولا لهدىها بمنى فأشار الى المروة وقال هذا المنحر على سبيل التخصيص لها والله أعلم ثم قال وكل فجاج
مكة وطرقها منحر يعني أن العمرة وان اختصت بفضيلة ذلك فان سائر طرقها ومواضعها يجزى
النحر فيها فكل ما لا يصح نحره بمنى لعدم صفة من الصفات الثلاث التي ذكرناها فانه لا ينحر الا بمكة
لانه لا منحر للهدى غير منى ومكة والله أعلم

(فصل) وقوله المنحر بمكة مكة نفسها وما يلي بيوتها من منازل الناس قاله مالك وسئل محمد بن دينار
عن المنحر في فجاج مكة أذى طوى فقال من نحر في فجاج مكة أجزأه وروى أشهب عنه ولا يجزى
أن ينحره عند ثنية المدنيين وفي المدونة من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يجزئه بذي طوى ولا
يجزئه حتى يدخل مكة ولا أعلم الا أن مالك قاله ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه قول مالك
ان ماله حكم المدينة فانه منحر وبالميس له حكم المدينة فليس بمنحر وحل ابن القاسم قوله صلى الله عليه
وسلم وكل فجاج مكة منحر على أنه يريد بالفجاج ما داخل القرية وأن اسم مكة داخل مختص بها لانه قد
نص على أنه ليس لذي طوى حكمها مع كونها بضامتها بالمدينة ولذلك قال مالك ان كان بها من

﴿ ما جاء في النحر في الحج ﴾

• حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال بنى هذا
المنحر وكل منى منحر وقال
في العمرة هذا المنحر
يعني المروة وكل فجاج
مكة وطرقها منحر

حاضري المسجد الحرام والله أعلم ص **م** مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرني عمرة ابنة عبد الرحمن أنها سمعت عائشة أم المؤمنين تقول خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لخمس ليال بقين من ذي القعدة ولا نرى إلا أنه الحج فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة أن يجعل قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحهم بقر فقلت ما هذا فقالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه قال يحيى بن سعيد فذكرت هذا الحديث للقاسم بن محمد فقال أتتكم والله بالحديث على وجهه **م** ش قوله خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نرى إلا أنه الحج يحتمل أن يريد حين خروجهم من المدينة قبل الإهلال ويحتمل أن يريد به أن أحرام من أحرم منهم بالعمرة لا يجعل منه حتى يردف الحج فيكون العمل لهما جميعا والاحلال منهما ولا يصح أن يريد به أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم جميعهم بالحج فقد روى عنها عروة أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع مسامن أهل بعمرة ومنهم من أهل بالحج وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجة فذكرت أن الناس كانوا في ذلك على أحوال مختلفة وإن منهم من أهل بعمرة خاصة ثم قالت فامان أهل بعمرة فحل وأما الذين أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فلم يعلوا حتى كان يوم النحر وهذا ينبغي أن يكون من أهل بحج أن يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ثم يجعل

(فصل) وقولها فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى إذا طاف وسعى أن يجعل محتمل أن يريد به أن من ظن أنه سيؤمر أن يردف الحج على العمرة ولا يجعل حتى يجعل منهما أمر من لم يكن معه هدى من هذا الصنف من الناس أن يجعل من عمرته ثم يحرم بالحج فيكون مفتعوا وإنما خص بذلك من لم يكن معه هدى لأن من كان معه هدى قد قلده أو أشعره لينصرف في حجة بمنى فحكمه أن لا يجعل حتى ينحر هديه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان معه هدى بقي على إحرامه وأردف الحج على عمرته لئلا يحلق رأسه قبل أن يبلغ هديه محله ومن لم يكن معه هدى حل من عمرته ثم استأنف الاسلال لحجه لأن ذلك أفضل لأنه أتم لعمرته وأتم لحجه لأنه يفرد كل واحد من المسلمين بعمله ويحتمل أن يكون من لم يكن معه هدى هو الذي أحرم بالعمرة فلذلك أمر أن يجعل من عمرته ومن كان معه هدى أحرم بحج فلذلك لم يجعل من حجه حتى أتم يؤيده هذا حديث عروة المتقدم وهو قولها فامان أهل بعمرة فحل وأما من أهل بحج أو جمع الحج والعمرة فلم يعلوا حتى كان يوم النحر

(فصل) قوله قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحهم بقر فقلت ما هذا فقالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نسائه البقر يقتضى أن الإنسان قد ينحر عن غيره **م** قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي يقتضى أن ينحر الرجل عن الجماعة من أهل بيته وهو على وجهين أحدهما أن يكون يجزى مجزى الأضحية لم يوقف ولم يقلدوا وإنما وجبت بالنحر كالأضحية وهذا إن أهل منى لأضاحي عليهم والوجه الثاني أن يقلده ويشعره عنهم وهو باق على ملكه حتى ينحره عنهم ويجزى إيجابه بالتقليد مجزى تعيين الأضحية قبل الإيجاب وإن لم تبلغ مبلغ الإيجاب إلا أنه مؤثر في التعيين فهذا يكون في التطوع على هذا الوجه ولذلك قالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه البقر ولم يعين ما نحر عن كل واحدة منهن **م** قال القاضي أبو الوليد والأظهر من هذا اللفظ الاشتراك على أنه قد روى مفسرا من حديث ابن شهاب عن عمرة عن عائشة قالت ما ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم

وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرني عمرة بنت عبد الرحمن أنها سمعت عائشة أم المؤمنين تقول خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لخمس ليال بقين من ذي القعدة ولا نرى إلا أنه الحج فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة أن يجعل قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحهم بقر فقلت ما هذا فقالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه قال يحيى بن سعيد فذكرت هذا الحديث للقاسم بن محمد فقال أتتكم والله بالحديث على وجهه

عن آل محمد في حجة الوداع الأبقرة واحدة وأما الذي يمنع منه الاشتراك ففيه ملك الهدى وليس من هذا السبيل

(فصل) وقولهما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه البقر ولم يعين ما نحر عن كل واحدة لما ورد عليهن بلحم بقر فسألت عنه دليل على أن اللحم الذي دخل به عليهن من لحم ما نحر عنهن وذلك بقية نهي أيضا النحر للبقر وراختار مالك فيها الذبح على أنه يجوز فيها النحر غير أن هذا الحديث ورد بلفظ النحر وورد بلفظ الذبح ويحتمل أنه لما استوى ذلك عند الراوي للحديث عبر عن الذكاة بأي اللفظين أمكنه فعبر عنها مرة بالذبح ومرة بالنحر

(فصل) وقول القاسم أتت والله بالحديث على وجهه تصديقاً للعمرة واخباراً عن حفظها بالحديث وضبطها له وأنها لم تغير شيئاً منه بتأويل ولا تجوز ولا غيره ص ﴿مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن حفصة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك فقال اني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر﴾ ش قول حفصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك يحتمل أن يريد به الحج لأن معناهما جيه القصد يقال حج الرجل البيت إذا قصدناه وأمره إذا قصدناه فلما كان معناهما واحداً عبرت عن أحدهما بالآخر وإن كان كل واحد منهما واقعا في الشرع على نوع مخصوص من القصد والنسك ويحتمل أن حفصة اعتقدت أنه كان معها رافقاً قالت له ذلك على ما اعتقدت فأعلمها بقوله اني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر أنه محرم أحرماً لا يمكنه التحلل منه وذلك لا يكون عارياً من حج وليس في قوله صلى الله عليه وسلم لبدت رأسي وقلدت هدي ما يمنع من أن يحل من عمرته المفردة لأن من لبس رأسه وقلد هديه وأحرم بعمرته ينحر هديه ويحلق رأسه عندا كما لها ولا يجب عليه لأجل التلبيد والتقليد أن يردف عليها حجة وإنما معنى ذلك والله أعلم أن في الكلام حذفاً وذلك أن يعلمها أنه لبس رأسه وقلد هديه للحج فلا يمكنه التحلل من ذلك قبل أن يبلغ الهدى يحلله وينحره بمنى بعد كمال حجه وأما من أحرم بعمرته وأكمل عملها فإنه لا يجوز له أن يردف الحج عليها ويلزمه أن يحلق ويتحلل ثم يحرم بالحج إن شاء لأنه ليس في إردافه الحج على عمرته قد كمل عملها غير تأخير الخلاف وذلك نقص في التشكيك يجب جبرانه بالدم ولا يجوز أن يقال كره الخلاف لقرب الحج على ما كره مالك للعتمر أن يحلق إذا قرب المرسوم وإن كان يستحب الخلاف غيره لأن مالكاً قال أنه يقصر بدلاً من الحلاق ويوفر شعره لحلاق الحج فيجمع بين الأمرين وحفصة لم تسأله صلى الله عليه وسلم عن ترك الحلاق وإنما سأله عن ترك التحلل والله أعلم

﴿ العمل في النحر ﴾

ص ﴿مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه ونحر غيره بعضه﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه يقتضي مباشرة لذلك وإن كان يقال نحر بدنه إذا أمر من ينحرها إلا أن الأظهر من اللفظ مباشرة ذلك لاسيما وقد بين ذلك بقوله ونحر غيره بعضه فدل ذلك على أنه أراد بما أضاف إليه نحره المباشرة ولذلك فرق بينه وبين ما لم يباشره باللفظ ولو أراد أن غيره نحر ما أضافه إليه لجمع الكل في لفظ واحد وقد تقدم أن الأفضل مباشرة من أهدي نحره هديه لما في ذلك من التواضع والاتباع بتمام النسك ولأنه

روحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن حفصة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك فقال اني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر

﴿ العمل في النحر ﴾

حدثني يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه ونحر غيره بعضه

من القرب التي لها تعلق بالمال وبالبدن ولا خلاف في أن ما كان بهذه الصفة أن الاستنابة فيه ممنوعة كالحج

(فصل) وقوله ونحر غيره بعضه يصح أن يريد به تعيين جواز استنابة غيره في ذلك فأعلمنا بفضيلة المباشرة بمباشرة وأعلمنا بجواز الاستنابة بما ولي من ذلك غيره ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال من نذر بدنة فانه يقلدها نعلين ويشعرها ثم ينحرها عند البيت أو بمنى يوم النحر ليس لها محل دون ذلك ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء * ش قوله من نذر بدنة فانه يقلدها يقتضي أن لفظ البدنة لا ينطلق الا على الهدى وفي عزف الاستعمال ان البدنة من الابل ما هدى ولذلك قال ان من نذر بدنة فحكمه أن يقلدها ومن نذر جزورا ففرق بينهما في اللفظ لما افرق في المعنى وصار عنده اسم البدنة مختصا بالهدى واسم الجزور مختصا باليس بهدى والنذر للابل على ضربين أحدهما أن ينذر بها باسم البدنة أو ينذر بها باسم الجزور فان نذر بها باسم البدنة فان ذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن لا ينوي هديا ولا غيره والثاني أن ينوي الهدى والثالث أن ينوي غير الهدى فان لم ينو شيئا فالظاهر عندي أن لها حكم الهدى وهو الاظهر من قول عبد الله بن عمر لأنه لم يشترط في البدنة نية ولا غيرها ولأن لفظ البدنة مختص بالهدى فوجب أن يحمل عليه وان نوى الهدى فهو أبين في وجوب حكم الهدى فان نوى غير ذلك فهو على ما نوى إلا أنه ان نذر ذلك بموضع مخصوص غير مكة وكان بموضع نذر جازله أن ينحره به وان كان بموضع يتكلف اليه سوف البدنة ينحرها بموضعه ولم يجز أن يساق الى غير مكة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي في المعينة وأما غير المعينة فيجوز عندي أن يشتريها بموضع نذر ينحرها وينحرها هناك لأنه لا يمنع من اختصاص صدقته بموضع يخصه وانما منعه من سوى البدن الى غير مكة

(فصل) وقوله ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء يريد أن من نذره باسم الجزور وهو لفظ مختص بغير الهدى ولا ينطلق من جهة عرف الشرع على الهدى فمن نذره على هذا الوجه فهو عمل يتقرب به الى الله عز وجل على وجه الصدقة قال وهذا عندي ان النذر انما هو في اطعام المساكين لجهاء ما اراقه الدم فيجب عندي أن يكون النذر غير متعلق بدلان اراقه الدماء لا تكون الا بمكة أو بمنى في الحج أو العمرة لفدبة الاذى فلا يساق الى غير مكة لاختصاصه بذلك المكان وكذلك الاضحية ولو أن من نذر نحر الجزور بغير مكة يشتريها منحورة فتصدق بها لاجزأ عندي لأن اراقه دمها لا يتعلق به النذر لأنه ليس من القرب في ذلك المكان ولذلك ذكرها ابن عمر باسم الجزور ولم يقل هديا ولا دما

(فصل) ولم يقصد بذكر الابل والبقر دون الغنم أن النذر لا يتعلق بغيرها وانما قصد الى أن البقرة تنوب عن البدنة ولذلك قال فبين نذر بدنة فلم يجدها فلينحر بقرة وان الشاة لا تجزى عن البدنة ويجب أن لا تجزى على ذلك عن البقرة

(فصل) وقوله فلينحرها حيث شاء يحتمل معنيين أحدهما أن يكون نذر جزورا فان اطلاق هذا النذر لا يتعلق بموضع دون موضع ونذر الهدى يتعلق بموضع مخصوص والثاني أن من نذر سوق جزور معين الى موضع من المواضع فان نذر سوقه باطل وينحره حيث شاء من المواضع التي لا يتكلف سوقه اليها لقربها ص * مالك عن هشام بن عروة أن أباه كان ينحر بدنه قياما * ش قد تقدم الكلام في مثل هذا وأن السنة نحرها قياما مصفوفة الايدي إلا أن يخاف منها تقارا فتنحر

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر قال من نذر بدنة فانه يقلدها نعلين ويشعرها ثم ينحرها عند البيت أو بمنى يوم النحر ليس لها محل دون ذلك ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة أن أباه كان ينحر بدنه قياما

على الوجه الذي يمكن ذلك منها معقولة أو كيف أمكن بما يغني الناظر في ذلك إن شاء الله ص (قال مالك لا يجوز لأحد أن يحلق رأسه حتى ينحر هديه ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر وإنما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفت والحلاق ولا يكون شيء من ذلك قبل يوم النحر) ش قوله لا يجوز لأحد أن يحلق رأسه حتى ينحر هديه وذلك أن سنة الذبح أن يفعل قبل الحلاق والأصل في ذلك قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ في نحر هديه ثم حلق بعد ذلك فن خالف هذا فقدم الحلاق قبل النحر فلا يخلو أن يقدم الحلاق خطأ وجهلاً وعمداً أو قصداً فإن كان ذلك خطأ وجهلاً فلا شيء عليه وإن كان حبيب عن ابن القاسم وهو المشهور من مذهب مالك وقال ابن الماجشون عليه الهدى وبه قال أبو حنيفة وجه القول الأول ما روى أن رجلاً قال يا رسول الله لم أشعر فحلق قبل أن أنحر فقال صلى الله عليه وسلم انحر ولا حرج وقال ابن الماجشون معنى ذلك أن لا اثم عليه لأن اسم الحرج يطلق على الأثم دون الهدى وابن القاسم أن يقول إن هذا موضع تعليم لما يجب على السائل فلو وجب عليه الهدى لأمره به ولنقل إلينا وقد روى هذا الحديث من طرق ولم يرو شيئاً منها هنا والله أعلم (مسئلة) وأما أن كان على وجه العمل فقد روى القاضي أبو الحسن أنه يجوز تقديم الحلق على النحر قال وبه قال الشافعي والطاهر من المذهب المنع والترتيب مشروع مستحب وأقل ما يحمل عليه فعل النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الاستحباب

(فصل) وقوله ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر وجه ذلك أن كل نسك ونحر فانه لا يكون شيء منه بالليل وإنما هو كله بالنهار وقد استدلل مالك على ذلك بقوله تعالى وبذكروا اسم الله في أيام معلومات وقد تقدم الكلام في أنه لا يجوز النحر بالليل بما يغني عن إعادته وذاً لنا أنه لا يجوز النحر قبل الفجر فلا يجوز الرمي قبل الفجر لأنه مرتب عليه

(فصل) وقوله وإنما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفت والحلاق ولا يكون شيء منه قبل الفجر ونحر بذلك أنه نسك يتقدم عليه الرمي فلا يتكرر مثله قبله فوجب أن لا يجوز فعله قبل يوم النحر أصل ذلك القاء التفت والحلاق وأما طواف الأفاضة فإن مثله يتكرر وهو طواف الورد (مسئلة) وقد اختلف الناس في يوم الحج الأكبر فقال مالك أنه يوم النحر وقال قوم أنه يوم عرفة والدليل على ذلك ما روى عن أبي هريرة أنه قال بعثني أبو بكر فممن يؤذن يوم النحر بمنى أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان والحج الأكبر يوم النحر

﴿ الحلاق ﴾

ص (مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرون يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرون يا رسول الله قال والمقصرون) ش قوله صلى الله عليه وسلم اللهم ارحم المحلقين وتخصيصهم بالدعاء تفضيل للحلاق على التقصير وذلك إن التحلل بهذا الباب على ضربين حلاق وتقصير وفي ذلك ستة أبواب أولها فممن حكبه الحلاق والتقصير والباب الثاني في صفة الحلاق والتقصير والباب الثالث في موضع الحلاق والتقصير والباب الرابع في وقتها والباب الخامس فيما يتعلق بهما من الأحكام والباب السادس هل هو نسك أو تحلل

قال مالك لا يجوز لأحد أن يحلق رأسه حتى ينحر هديه ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر وإنما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفت والحلاق لا يكون شيء من ذلك يفعل قبل يوم النحر

﴿ الحلاق ﴾

حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرون يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرون يا رسول الله قال والمقصرون

(الباب الاول في من حكمه الخلاق والتقصير)

الافضل للرجال الخلاق وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم خلق وقال خذوا عني مناسككم ولا يخلو فعله في ذلك من الوجوب أو الندب ودليل آخر من الحديث المتقدم وهو أنه صلى الله عليه وسلم خص المخلقين بالدعاء لهم وكرر ذلك اظهار الفضيلة الخلاق فن قصر مع القدرة على الخلاق والتمكن منه أجزاءه ولا شيء عليه وقد قال تعالى لمخلقين رؤسكم ومقصرين (مسئلة) ومن حل من عمرته في أشهر الحج فالحلاق له أفضل إلا أن تقوت أيام الحج ويريد أن يحج فليقصير لمكان حلاقه في الحج قال محمد بن المواز ووجه ذلك ما يريد من تخصيص الحج الذي هو أفضل النساكين بالخلاق (مسئلة) وأما المرأة فقد قال ابن حبيب ليس على من حج من النساء حلاق وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم المرأة في حج أو عمرة وقال هي مثله وهو الذي رواه ابن حبيب وإن لم نعرفه له اسناد أصح مما لا أنه من قول العلماء وهو الصحيح لأن حلاق المرأة مثله لأنه حلاق غير معتاد كحلاق الرجل لحيته وشاربه -

(الباب الثاني في صفة الخلاق والتقصير)

أما صفة الخلاق فقد قال ابن المواز عن مالك في الحاج أن من الشان أن يغسل رأسه بالخطمي والغاسول حين يريد أن يحلق قال ولا بأس أن يتنور ويقص شاربه ولحيته قبل أن يحلق وروى ابن المواز عن ابن القاسم في المعتمر يغسل رأسه قبل أن يحلقه أو يقتل شيئاً من الدواب أو يلبس قميصاً بعد تمام السعي قال أكره ذلك وهذا ليس على معنى الخلاق بين مالك وابن القاسم وإنما اختلف قولهما لأن مالكاً تكلم في حكم الحج وابن القاسم تكلم في حكم العمرة والفرق بينهما أن الحاج قد وجد منه قبل الخلاق تحلل وهو الرمي والمعتمر لا يوجد منه قبل الخلاق تحلل (مسئلة) ويبدأ بالخلاق من الشق الأيمن ويبلغ به إلى العظمين اللذين في الصدغين عند منتهى اللحية قاله ابن حبيب ولا يجزئ حلق الرأس دون استيعابه حكاه الشيخ أبو بكر وغيره عن مالك والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم خلق رأسه وقال خذوا عني مناسككم * وأما التقصير فلا يخلو أن يكون المقصر رجلاً أو امرأة فإن كان رجلاً فقد قال مالك ليس تقصير الرجل أن يأخذ من أطراف شعره ولكن يجز ذلك جزاً وليس مثل المرأة فإن لم يجزها وأخذ منه فقد أخطأ ويجزئ به قال الشيخ أبو بكر ومعنى ذلك أن يأخذ منه ما يقع عليه اسم التقصير وليس ذلك بأن يأخذ اليسير من شعر رأسه * قال القاضي أبو الوليد وفي هذا عندى نظر وذلك أنه قد منع أن يفعل من ذلك ما تفعله المرأة والذي تفعله المرأة يقع عليه اسم التقصير ولو كان الذي يأخذ من أطراف شعره لا يقع عليه اسم التقصير لم يجزها وقد قال مالك أنه يجزئها وإنما أراد المبالغة في ذلك على وجه الاستحباب وإن يبلغ به الحد الذي يقرب من أصول الشعر وهذا الذي يوصف بالجز (مسئلة) وأما المرأة فإنها إذا أرادت الإحرام أخذت من قرونها التقصير فإذا حلت قصرت قاله ابن المواز ومعنى ذلك أن تيسر في مواضع التقصير ليتمكن الأخذ من جميعه (مسئلة) وكما مقدار ما تقصر روى عن ابن عمر أنه قال مقدار أنملة وقد روى ابن حبيب عن مالك قدر الأنملة أو فوق ذلك بقليل أو دونه بقليل وروى عن عائشة يجزها قدر التطريف قال مالك ليس لذلك عندنا حد معلوم وما أخذت منه أجزاءها ولا بد من أن تدمم بالتقصير الشعر كله طويلاً وقصيره والدليل على ذلك أنها عبادة تتعلق بالرأس فكان حكمها فيه الاستيعاب كالمسح في الوضوء

(الباب الثالث في موضع الحلاق والتقصر)

موضع الحلاق في الحج منى وفي العمرة مكة وانما يتعلق الحلاق والتقصر بهذين الموضعين على انه هو المشروع على سبيل الاستعباب وقد قال مالك في الذي يذكر الحلاق بمكة قبل الطواف للرافضة لا يطوف ويرجع الى منى فيحلق ثم يفيض فان لم يفعل وحلق بمكة أجزأ عنه وقد روى ابن القاسم فممن حلق في الحل أيام منى لا يرى عليه شيئا اذا حلق في أيام منى

(الباب الرابع في وقت الحلاق والتقصر)

أما الحلاق والتقصر فله وقتان أحدهما ان يوقت بالزمان والثاني ان يوقت بفعل ما هو مقدم عليه في الرتبة فاما توقيته بالزمان فبعد طلوع الفجر بعد رمي جرة العقبة وأما آخره فقد روى محمد عن مالك فممن أفاض قبل أن يحلق أن ذكر في أيام منى فحلق فلا شيء عليه وان ذكر بعدها حلق وأهدى وقال ابن القاسم اذا تبع ذلك بعد الافاضة أهدى وليس لذلك حد وان ذكر وهو بمكة قبل أن يفيض فليرجع حتى يحلق ثم يفيض وسند كره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما توقيته بما يترتب عليه من الافعال فانه اذا طلع الفجر حال الرمي فاذا رمي فخره ديان كان معه ثم يحلق بعد ذلك ثم له أن يطوف للرافضة ومن حلق قبل أن يرى فقد قال ابن حبيب من جهل محل يوم النحر قبل ان يرى فعله فدية الأذى ووجه ذلك انه حلق قبل ان يوجد منه تحلل والحلق في ذلك الوقت محظور لحق احرام لم يوجد فيه تحلل فلزمه لذلك فدية الأذى وهذا فممن أفرد الحج وسواء كان قدم السعي أو آخره كالمراهق الوارد أو المحرم بالحج من مكة وأما القارن فالمشهور من مذهب مالك ان حكمه في ذلك حكم المفرد وذهب أبو بكر بن الجهم الى ان القارن لا يحلق بعد الرمي حتى يطوف ويسعى والله أعلم ومن أفاض قبل الحلاق في المختصر انه اختلف فيه فقيل يرجع فيحلف ثم يفيض فان لم يفيض فلا شيء عليه وقيل ينحره ثم يحلق ولا شيء عليه وسند كره بعد هذا ان شاء الله

(الباب الخامس فيما يتعلق بهما من الاحكام)

أما ما يتعلق بهما من الاحكام فانه لا يخلو أن يكون المحرم حاجا أو معتمرا فان كان حاجا فاذا حلق فقد حل له كل شيء حرم عليه من القاء التفت وجازله أن يدهن ويقص شاربه ويلبس الخيط وقد تقدم من قوله مالك ان ذلك كله قد حل له بالرمي قبل الحلاق وانه اذا حلق فقد حل له كل شيء الا النساء والطيب والصيد حتى يفيض من منى الى مكة قال ابن حبيب وفي الطيب اختلاف (مسئلة) ومن وطئ قبل ان يحلق أو يقصر فقد لزمه الهدى كان في حج أو عمرة رواه ابن القاسم عن مالك ويجب أن يكون معنى ذلك في الحج انه رمى وطاف للرافضة ثم وطئ قبل أن يحلق فلزمه الهدى لانه قد بقي عليه بعض التحلل وهو الحلاق أو ما يقوم مقامه من التقصير (مسئلة) ومن مسح الطيب قبل أن يحلق في الحج فقد أساء ولا دم عليه ووجه ذلك انه قد وجد منه تحلل وهذه حالة تختلف فيها في اباحتها (مسئلة) واما المعتمر فاذاكمل طوافه وسعيه فلا يلبس ثيابا ولا يمس طيبا حتى يحلق أو يقصر وقد كره مالك ذلك كله وقد تقدم ذكره فان فعل فقد قال ابن حبيب عن مالك لا شيء عليه ووجه ذلك أنه قد كمل عمرته ولم يبق عليه منها شيء غير التحلل (مسئلة) فان وطئ قبل أن يحلق فقد اختلف قول مالك فيه في رواية ابن المواز عنه قال مرة عليه عمرة أخرى وقال مرة ليس عليه الا الهدى ووجه القول الاول انه لم يوجد منه تحلل في هذا النسك فاذا وطئ فيه وجب أن يفسد أصل ذلك اذا وطئ في الحج قبل الرمي ووجه الرواية الثانية انه وقت لو مسح فيه الطيب لم تجب عليه فدية فاذا وطئ لم يفسد عمرته وانما يلزمه الهدى لما وطئ قبل أن يتحلل وبعد تمام فعل العمرة ووجه الرواية الثالثة

انه وقت لو مس فيه الطيب ولبس الخيط لم تجب عليه فدية فاذا وطئ لم يجب عليه شيء في العمرة
أصل ذلك ما بعد الخلاق والله أعلم

(الباب السادس هل هو نسك أو تحلل)

لنا أنه نسك من مناسك الحج وهو أحد قول الشافعي وله قول آخر أنه مباح بعد الخطر يمنع الاحرام
فاذا زال الاحرام زال تحريمه للخلاق وتقليم الأظفار ولبس الثياب والدليل على أنه نسك ثياب
صاحبه على فعله قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله الآية فوصف دخول المسجد على
هذه الصفة فيما وعدهم به ولولم يكن نسكا مقصودا لما وصف دخولهم به كما لم يصف دخولهم بلبسهم
الثياب والتطيب ووجه ثان انه كناية عن الحج أو العمرة ولولم يكن من النسك لما كنى به عنه
ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم قال رحم الله المحلقين ثم قال في الثالثة
والمقصرين فلولم يكن فعلا ثياب عليه فاعله لما دعاه والثاني انه أظهر تفضيل الخلاق على التقصير
ولولم يكن نسكا له فضيلة من عليه ثواب لما كان أفضل من التقصير كما انه ليس لبس نوع من الثياب
أفضل من لبس غير ذلك ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه كان يدخل مكة ليلا
وهو معتمر فيطوف بالبيت وبين الصفا والمروة ويؤخر الخلاق حتى يصبح قال ولكنه لا يعود الى
البيت فيطوف به حتى يحلق رأسه قال وربما دخل المسجد فأوترفيه ولا يقرب البيت * ش
قوله انه كان اذا دخل مكة معتمرا أوطأ وسعى ليلا آخر الخلاق حتى يصبح ووصف ذلك بالتأخير
لان السنة تعجيله واتصاله بالفراغ من السعي لما فيه من تعجيل سلامة النسك مما عسى أن يدخل عليه
من نقص وطء أو غيره وجزا التأخير لما يتعلق بالوقت من تعذر الخلاق في الأغلب وقبروى عن مالك
فمن طاف وسعى لعمرته من الليل فلا بأس ان يؤخر الخلاق الى الصبح قال وتعجيل ذلك أفضل
(فصل) وقوله ولكنه لا يعود الى البيت يريد انه كان لا يطوف بالبيت حتى يتحلل من عمرته بالخلاق
لان من سنة المعتمر أن لا يطوف بالبيت متفلا حتى يكمل عمرته ويتحلل منها بالخلاق وقد قال مالك
فمن طاف وسعى لعمرته ليلا فأخر الخلاق حتى يصبح لا يتنفل بطواف ولا يدخل البيت ولا يقربه
حتى يحلق قال أصبغ في العتبية والموازية فان فعل فلا شيء عليه قال مالك ولا يدخل البيت حتى
يحلق فان فعل فذلك واسع ص * قال مالك القاء التفث حلاق الشعر ولبس الثياب وما يتبع
ذلك * قال يحيى سئل مالك عن رجل نسي الخلاق بمنى في الحج هل له رخصة في أن يحاق بمكة قال
ذلك واسع والخلاق بمنى أحب الى * ش وهذا على ما تقدم ان الخلاق بمنى على وجه الاستحباب
لان النحر بها والخلاق متصل وقد شرع تعجيله وكذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه
وحلق رأسه بمنى باثر نحر هديه وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب وعلى الندب فنسي
حلق رأسه فقد كر ذلك بمنى أيام منى حلق بها ص * قال مالك الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان
أحدا لا يحلق رأسه ولا يأخذ من شعره حتى ينحر هديا ان كان معه ولا يحل من شيء حرم عليه حتى
يحل بمنى يوم النحر وذلك ان الله تبارك وتعالى قال ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله * ش
وهذا على محو ما تقدم ان أحدا لا يحلق ولا يأخذ من شعره ممن كان معه هدى حتى ينحره لما قدمناه
من أن الخلاق بعد النحر والأصل في ذلك ما احتج به مالك من قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ
الهدى محله وهذا وان كان بلفظ البلاغ فان معناه النحر لانه قد قال تعالى هديا بالغ الكعبة ومعناه
منحور بها بدليل انه لو مات بها قبل أن ينحر لما أجزأ عن جزاء الصيد

* وحديثي عن مالك عن
عبد الرحمن بن القاسم عن
أبيه انه كان يدخل مكة
ليلا وهو معتمر فيطوف
بالبيت وبين الصفا والمروة
ويؤخر الخلاق حتى يصبح
قال ولكنه لا يعود الى
البيت فيطوف به حتى
يحلق رأسه قال وربما
دخل المسجد فأوترفيه
ولا يقرب البيت * قال
مالك القاء التفث حلاق
الشعر ولبس الثياب وما
يتبع ذلك * قال يحيى
سئل مالك عن رجل
نسي الخلاق بمنى في الحج
هل له رخصة في أن يحلق
بمكة قال ذلك واسع والخلاق
بمنى أحب الى * قال مالك
الأمر الذي لا اختلاف
فيه عندنا ان أحدا لا يحلق
رأسه ولا يأخذ من شعره
حتى ينحر هديا ان كان معه
ولا يحل من شيء حرم عليه
حتى يحل بمنى يوم النحر
وذلك ان الله تبارك وتعالى
قال ولا تحلقوا رؤسكم
حتى يبلغ الهدى محله

(فصل) وقوله ولا يجمل من شيء حرم عليه حتى يخل يوم النحر بمنى يريدانه لا يكون تحلل من شيء من الاحرام قبل يوم النحر ولذلك قننا انه لا يرى الجمره ولا يحلق قبل طلوع الفجر من يوم النحر وهذا يقتضى انه لا يفيض قبل طلوع الفجر وقد تقدم للقاضي أبي الحسن نحو ذلك

﴿ التقصير ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا افطر من رمضان وهو يريد الحج لم يأخذ من رأسه ولا من لحيته شيئاً حتى يحج قال مالك وليس ذلك على الناس ﴾ ش قوله كان لا يأخذ من رأسه ولحيته شيئاً اذا نوى الحج بعد الفطر من رمضان لانه كان يريد توفير ما يأخذ من ذلك في حجه عند الحلاق واما ذلك مستحب ولذلك استحب للمعتمر أن لا يحلق اذا كان بقرب الحج ليوفر شعره للحلاق في الحج ولعل عبد الله بن عمر كان يترك ذلك بعد الأخذ منه عند الفطر للتجمل للعيد ولذلك لم يوقت ترك الأخذ منه بما قبل العيد

(فصل) وقول مالك وليس ذلك على الناس يريدانه لا يجب على الناس التزام مثل هذا على وجه الوجوب ويحتمل أن يريدانه ليس عليهم على وجه الندب والاستحباب لانه لم يرد ما يؤيده عند مالك رحمه الله ولما فيه من طول التشعث وتقديم الامتناع من الاخذ من الشعر قبل الاحرام بمدة طويلة والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا حلق في حج وعمره أخذ من لحيته وشاربه ﴾ ش قوله انه كان اذا حلق في حج وعمره أخذ من لحيته وشاربه يريدانه كان يقص منهما مع حلق رأسه وقد استحب ذلك مالك رحمه الله لان الأخذ منهما على وجه لا يغير الخلقة من الجلال والاستئصال لها مثله كحلق رأس المرأة فنع من استئصالها أو أن يقع منهما ما يغير الخلقة ويؤدي الى المشلة وأما ما تزايد منها وخرج عن حد الجلال الى حد التشعث وبقاؤه مثله فان أخذه مشرووع فلما كانت من الشعور التي يجوز لأخذ منها تعلق بها حكم النسك على وجه الاستحباب ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ان رجلاً أتى القاسم بن محمد فقال اني أفضت وأفضت معي بأهلي ثم عدلت الى شعب فدنوت لادنوم من أهلي فقالت اني لم أقصر من شعري بعد فأخذت من شعرها باسناني ثم وقعت بها فضحك القاسم بن محمد وقال مرها فلتأخذ من شعرها بالجلمين ﴾ قال مالك استحب في مثل هذا أن يهريق دماً وذلك ان عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيئاً فليهريق دماً ﴾ ش قوله اني أفضت وأفضت معي بأهلي يحتمل معنيين أحدهما انه توجه الى الافاضة وعدل الى الشعب في توجهه الى الافاضة ويحتمل أن يكون يريد بقوله أفضت طواف الافاضة وانه عدل الى الشعب لانصرافه من الافاضة الى منى وهو ظاهر اللفظ لقوله أفضت وانما يقتضى الافاضة الشرعية وهي طواف الافاضة

(فصل) وقوله فذهبت لادنوم من أهلي فقالت اني لم أقصر بعد منعتة الدنوم منها ومعناه الجماع لما لم تكن قصرت بعد وهذا يقتضى ان من طاف للرافضة ولم يحلق فانه لا يجامع أهله لانه قد بقي عليه شيء من التحلل لان الحلاق من التحلل في الحج

(فصل) وقوله فأخذت من شعرها باسناني ثم وقعت بها يريدانه رأى ذلك بتقصير ايليح منها ما يمنعه عدم التقصير وضحك القاسم بن محمد رضي الله عنه بما أخبره به عن نفسه من الحرص على الجماع والتسبب له واقامته القص بأسنانه لشيء من شعرها مقام التقصير اللازم لها حرصاً على بلوغ ما أراد منها

﴿ التقصير ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا افطر من رمضان وهو يريد الحج لم يأخذ من رأسه ولا من لحيته شيئاً حتى يحج قال مالك ليس ذلك على الناس ﴾ وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا حلق في حج أو عمره أخذ من لحيته وشاربه ﴾ وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ان رجلاً أتى القاسم بن محمد فقال اني أفضت وأفضت معي بأهلي ثم عدلت الى شعب فذهبت لادنوم من أهلي فقالت اني لم أقصر من شعري بعد فأخذت من شعرها باسناني ثم وقعت بها فضحك القاسم بن محمد وقال مرها فلتأخذ من شعرها بالجلمين قال مالك استحب في مثل هذا أن يهريق دماً وذلك ان عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيئاً فليهريق دماً

(فصل) وقوله في حافلتا أخذ من شعرها بالجلمين يحتمل أمرين أحدهما أنه علم أن أخذها من شعرها بأسنانه لا يمكنه استيعاب جميع شعرها بالتقصير وكان يرى أنه لا يجزئ إلا الاستيعاب فأمره بأن يقصر بالجلمين لأنهما يمكن الاستيعاب بهما ويحتمل وجها آخر وهو أن يعتقد أنه لا يجزئ إلا أخذ من الشعر بالأسنان ولا تغييرها إلا ما كان من الحديد الذي اعتيد التقصير به وأما التقصير بالاضراس فإنه لا يقوم مقام القص بالجلمين

(فصل) وقول مالك استحب في مثل هذا أن يهريق دما معناه أنه لما أصاب النساء قبل تمام تحمله بالحلاق كان عليه الدم وأيضا فان طوافه للرافضة قبل الحلاق مما قد اختلف أصحابنا في إعادته في وجوب الهدى به فكيف إذا تمحلها الوطء

(فصل) وقوله وذلك أن عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيئاً فليهرق دماً احتجاجة على ذلك يقول عبد الله بن عباس يحتمل أن يريد به أنه قول قد قاله غيره فجازله أن يذهب إليه بوجه من الاجتهاد ويقتضي ذلك أن النسيان والعمد عنده في ذلك سواء أولانه إذا كان عليه أن يهرق دماً في نسيانه مع عذر النسيان فبأن يكون ذلك عليه في العمد والجهل أولى ولما احتج على ذلك بقول ابن عباس من نسي من نسكه شيئاً اقتضى أن يكون الحلاق عنده نسكاً والالم يتناوله الدليل وفي ذلك وجه آخر وذلك أن ما قاله عبد الله بن عباس يقتضي وجوب الهدى لأن من نسي من نسكه شيئاً كالميت بالمزدلفة أورمى الجمار فقد وجب عليه الهدى وإن كان فيها ما يستحب فيه الهدى لكن لما احتمل قول ابن عباس الوجوب والندب واشتمل على المعنيين تعلق به الندب لأنه متناول له ويجوز أن يكون ما لك رحمه الله يريد بقوله استحبه أنه يستحب استحبابه عليه ويكون قول من أوجب ذلك أحب إليه من قول من لم يوجبه فيكون الهدى على هذا القول واجباً والله أعلم ص
م مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه لقي رجلاً من أهله يقال له المجبر قد أفاض ولم يخلق ولم يقصر جهل ذلك فأمره عبد الله أن يرجع فيخلق أو يقصر ثم يرجع إلى البيت فيفيض ~~ش~~ الرجل الذي يقال له المجبر هو ابن أخي عبد الله بن عمر وهو عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب وكان المجبر قد أفاض ولم يخلق ولم يقصر جهل أن ذلك كان يلزمه فأمره عبد الله أن يرجع فيخلق أو يقصر وهذا يقتضي أن الرجوع إلى موضع الحلاق بمنى ولو لم يأمره بالرجوع إلى منى لقال فأمره أن يخلق ثم يفيض ولما قال أمره أن يرجع فيخلق ثم يرجع إلى البيت فيفيض فهم منه أنه لقيه بغير منى ولعله لقيه بين مكة ومنى منصرفاً إلى منى فأمره أن يتأدى إلى منى فيخلق ثم يرجع إلى البيت فيعيد طواف الأفاضة وقد اختلف فيه في المختصر يرجع فيخلق ثم يفيض وقيل ينحرو ويخلق ولا شيء عليه فإذا قلنا نعيد الأفاضة فوجهها أنها محلان مرتبان فإذا قدم الآخر منهما وجب الاتيان بهما لم يفت وقته كالحلاق ورعى جرة العقبة ووجه القول الثاني أنها معنيان سنا بعد رمى الجرة وقبل رمى الجمار فتقديم أحدهما على الآخر لا يوجب إعادة الحلق والذبح (فرع) فإن قلنا نعيد الأفاضة فإن ذلك على الاستحباب وفي المختصر من ترك ذلك فلا شيء عليه ووجه ذلك ما قدمناه وهل عليه هدى أم لا روى ابن المواز عن مالك أن ذكر في أيام منى خلق ولا شيء عليه وإن ذكر بعد منى خلق وأهدى قال ابن القاسم إن تباعد ذلك بعد الأفاضة أهدى وليس لذلك حد هذا الجواب يصح أن يكون لتأخير الحلاق على القولين جميعاً في الأمر بإعادة الأفاضة وعلى القول الثاني والله أعلم وقد تقدم ذكره ص
م مالك أنه بلغه أن سالم بن عبد الله كان إذا أراد أن يحرم دعا بالجليلين فقص شاربه وأخذ من

* وحديثي عن مالك
عن نافع عن عبد
الله بن عمر أنه لقي رجلا
من أهله يقال له المجبر قد
أفاض ولم يخلق ولم يقصر
جهل ذلك فأمره عبد الله
أن يرجع فيخلق أو يقصر
ثم يرجع إلى البيت فيفيض
* وحديثي عن مالك أنه
بلغه أن سالم بن عبد الله
كان إذا أراد أن يحرم
دعا بالجلدين فقص شاربته
وأخمن

لحيته قبل أن يركب وقبل أن يهل محرماً * ش قد روى عن ابن عمر أنه كان يوفّر شعر رأسه ولحيته إذا أراد الحج من آخر رمضان فيحتمل أن يكون سالم بن عبد الله رأى في ذلك خلاف رأيه ويحتمل أن يكون سالم إنما كان يفعل ذلك في العمرة وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك في الحج وحكمهما عندهما مختلف وأما قص الشارب فلم يختلف فيه وقد روى في المجموعة عن مالك في الذي يريد أن يحرم لا بأس أن يقص شاربه ويقلم أظفاره ويتنور عندما يريد أن يحرم وأما شعر رأسه فأحب إلى أن يعفى ويوفّر للشعث * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والفرق عندى بين الشارب واللحية والرأس أن الشارب يلحقه إلا بظوله ولا يلحق ذلك بطول شعر الرأس واللحية والثاني أن توفير اللحية والرأس تشعيث لهما ولا تشعث الشارب بأن لا يقصر شعره فلا يفيد توفيره شعناً

(فصل) وقوله أنه كان يفعل ذلك قبل أن يركب وقبل أن يهل يدل على أن ذلك عنده من جملة التنظيف وتوابع الغسل للإحرام فيجب أن يعمل بالترغسل فإذا أكمل ذلك كله ركب فإذا استوت به راحلته أحرم

﴿ التلبيد ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران عمر بن الخطاب قال من ضفر فليحلق ولا تشبهوا بالتلبيد * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال من عقص رأسه أو ضفر أو لبّد فقد وجب عليه الحلاق * ش قوله من ضفر التضيير أن يضفر شعر رأسه إذا كان ذابجة ليمنع ذلك من الشعث والعقص أن يعقص شعره في فقاء إذا كان ذابجة لئلا يتشعث والعقد كذلك والتلبيد أن يجعل الصمغ في الغاسول ثم يلطخ به رأسه عند الإحرام ليمنع ذلك من الشعث قال ذلك كله ابن حبيب فأمر عمر بن الخطاب من فعل هذه المعاني التي تمنع الشعث أن يحلق ولم يبرح له التقصير وذلك على وجهين أحدهما أنه بدل ما تمتعوا به من مباحة الشعث والثاني أنه لا يكاد مع التلبيد أن يتوصل إلى التقصير من جميع الشعر وقد قال مالك في الموازية من لبّد أو عقص أو ضفر أو ربط شعره قبل أن يحرم من الرجال فلا بد من الحلق (مسألة) فإن لبّدت المرأة فقد قال مالك في الموازية ليس عليها إلا التقصير ومعنى ذلك ما قدمناه من أن المرأة ممنوعة من الحلاق وهذا يقتضي أن الحلاق للبدن إنما هو بدل ما فاتته من الشعث وما منع منه التلبيد ولو كان امتناع التقصير من جميع الشعر لكان حكم المرأة في ذلك حكم الرجل لأنه لا بد لها في التقصير من جمع شعرها ولا تتوصل إلى ذلك عندى إلا بعد أن تمتشط ويذهب التلبيد

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه ولا تشبهوا بالتلبيد هكذا رواه أكثر الرواة أي لا تشبهوا به فإن من تشبه به وجب عليه ما وجب على الملبّد من الحلاق قاله ابن حبيب

﴿ الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسماء ابن زيد وبلال بن رباح وعثمان بن طلحة الحنظلي فأغلقها عليه ومكث فيها ما شاء الله قال عبد الله فسألت بلالاً حين خرج ما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عموداً عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه وكان البيت يومئذ على ستة أعمدة ثم صلى

لحيته قبل أن يركب
وقبل أن يهل محرماً

﴿ التلبيد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران عمر بن الخطاب قال من ضفر رأسه فليحلق ولا تشبهوا بالتلبيد * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال من عقص رأسه أو ضفر أو لبّد فقد وجب عليه الحلاق

﴿ الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسماء بن زيد وبلال بن رباح وعثمان بن طلحة الحنظلي فأغلقها عليه ومكث فيها قال عبد الله فسألت بلالاً حين خرج ما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عموداً عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه وكان البيت يومئذ على ستة أعمدة ثم صلى

يمنع من ذلك ويرى اعادة المن فعل ذلك الا ان يفوت بفعل الصلاة والصلاة لا تكون الا بعد الزوال على كل حال وانما جاز ذلك لان الخطبة ليست للصلاة وانما هي تعليم للحاج ولذلك لم يغير حكم الصلاة في الجهر ولم يتقدم الاذان عليها فلم يكن من شرطها ان يكون وقتها وقت الصلاة وانما من حكمها ذلك لما شرع من اتصالها بالصلاة والله أعلم

(فصل) ولعل عبد الله بن عمر انما صاح عند سرادقه ليكون أسرع لخروجه من ادخال الاذن عليه وهذا كله ما أراد من الاسراع وتعجيل الوقوف وخروج الحجاج وعليه ملحفة معصفرة يحتمل أن تكون غير مقدمة وان كان المصبوغ كله مكرها للآئمة لكن ليس الحجاج ممن يقتدى به في ذلك فيغترب بذلك من رآه يلبس المصبوغ

(فصل) وقوله الرواح ان كنت تريد السنة يقتضى انه بعد الزوال الا أنه أعلمه ان السنة التعجيل وقول الحجاج أهذه الساعة دليل على انه كان يعتقد تأخير الصلاة والوقوف عن ذلك الوقت حتى أعلمه عبد الله بن عمر أن السنة التعجيل في ذلك الوقت فلما قال له الحجاج انظرني حتى أفيض على ماء وكان الغسل في ذلك اليوم مشروعا لاسيما لمن يؤم بالناس انتظره رفقا به وعونا على الطاعة

(فصل) وقول سالم وساريني وبين أبي يحتمل أن يكونوا على رواحليم لان السنة الركوب في ذلك الموطن لمن كانت له راحلة وحج راكبا كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقد تقدم ذكره من حديث جابر وقول سالم له ان كنت تريد السنة اليوم الظاهر انها سنة النبي صلى الله عليه وسلم وبصديق عبد الله بن عمر له يدخل في المسند

(فصل) وقوله فاقصر الخطبة وعجل الوقوف أصحابنا العراقيون يطلقون انه لا يخطب الامام يوم عرفة ومعنى ذلك انه ليس لما يأتي به من الخطبة تعلق بالصلاة كخطبة الجمعة ولا يغير حكم الصلاة فينقلها الى القصر والجهر وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يخطب الامام يوم عرفة وكذلك يقول جميع أصحابنا المغاربة والمدنيون يقولون يخطب الامام الا انهم لا يجعلون للخطبة حكم الخطبة للصلاة فيما نذكره وانما يجعلون لها حكم التعليم ولا يبعد أن يكون ابن حبيب انما قال يخطب بعرفة قبل الزوال لانها ليست للصلاة ولو كانت للصلاة لوجب أن يشتركا في الوقت وقد قال مالك كل صلاة يخطب لها فانه يجهر فيها بالقراءة فقل له فعرقة يخطب فيها ولا يجهر لها بالقراءة فقال انما تلك للتعليم ومما بين أنها ليست للصلاة ان المؤذن لا يؤذن الا بعد الخطبة ولو كانت الخطبة للصلاة لوجب أن يؤذن في أول الخطبة كالجمعة (مسألة) ومن حكم هذه السنة أن يخطب خطبتين يجلس بينهما قال ابن المواز وخطب الحج ثلاث وأولهن قبل يوم التروية بيوم بعد صلاة الظهر في المسجد الحرام وقيل قبل الزوال والأول قولنا وهي لا يجلس في وسطها يعلم الناس مناسكهم وخروجهم الى منى وصلاتهم بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة وغدوهم منها وغير ذلك والخطبة الثانية بعرفة يجلس بينها وهي تعليم الناس ما بقي من مناسكهم من صلاتهم بعرفة ووقوفهم بها ودفعهم ومبيتهم بمزدلفة وصلاتهم بها ووقوفهم بالمسعر الحرام والدفع منه وري جرة العقبة والحلق والنحر والافاضة والخطبة الثالثة بعد يوم النحر بيوم وهو أول أيام الرمي وهي خطبة واحدة لا يجلس فيها وهي بعد الظهر يعلم الناس الرمي وأوقاته وكيف هو ويوم يفرهم وما لهم من التعجيل في يومين وتعجيل الافاضة والسبعة في تأخيرها وليتوته بمنى ليالي منى ولا يجهر بالقراءة في صلاته في شيء من هذه الخطب قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون وتفتح هذه الخطب الثلاث بالتكبير كالأعياد ويكبر في خيلال

كل خطبة ويجلس في وسطها بين كل خطبتين (مسئلة) ومتى يؤذن للظهر قال ابن حبيب يؤذن للظهر اذا جلس الامام بين الخطبتين وفي العتيقة من رواية ابن القاسم عن مالك يؤذن يوم عرفة والامام يخطب وفي المدونة اذا فرغ الامام من خطبته فعد على المنبر وأذن المؤذن فاذا فرغ من أذانه قام فنزل الامام فصلى بالناس (فرع) ويؤذن لصلاة الظهر ويقام لها وأما صلاة العصر فقال أبو القاسم في المدونة يؤذن لها ويقام لها وقال ابن الماجشون لا يؤذن للعصر ويقام لها وجه قول ابن القاسم انهما سلا تافرض يجمع بينهما فكان لكل واحدة منهما أذان واقامة كالصلاتين يجمعان في السفر أو المطر

﴿ الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة ﴾

﴿ الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة ﴿ ش قوله انه كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة قال مالك والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان الامام لا يجهر بالقرآن في الظهر يوم عرفة وانه يخطب الناس يوم عرفة وأن الصلاة يوم عرفة انما هي ظهر وان وافقت الجمعة فانما هي ظهر ولكنها قصرت من أجل السفر قال مالك في امام الحاج اذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق انه لا يجمع في شيء من تلك الأيام

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة ﴿ ش قوله انه كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة وقال ابن حبيب اذا مالت الشمس من يوم التروية فطف بالبيت سبعا واربع وخرج الى منى فان خرجت قبل ذلك فلا خرج وروى ابن المواز عن مالك يخرج من مكة يوم التروية فقدر ما يصلون بها الظهر فاذا وصل الى منى صلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ثم يبيت بها الى أن يصبح فيصلي الصبح وكذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله في القرب على الوجوب أو الندب فاذا دل دليل على انتفاء الوجوب فهي على الندب (مسئلة) وكره مالك المقام بمكة يوم التروية حتى يمسي الا أن يدركه وقت الجمعة بمكة يوم التروية من مكى أو غيره قال في باب آخر فن أقام بها أربعة أيام فعلمهم أن يصلوا الجمعة قبل أن يخرجوا قال ابن القاسم معناه انه ممن يلزمه اتمام الصلاة قال أصبغ فأما المسافر فان شاء خرج وان شاء صلى الجمعة وأخر الى أن يصلي لفضية المسجد الحرام قال محمد وأحب الى خروجه الى منى ليدرك بها الظهر والعصر وانما تكلم مالك عن لم يفعل حتى أخذه الوقت

(فصل) وقوله ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة هو السنة وقد روى ابن المواز عن مالك يغدو الامام والناس اذا طلعت الشمس الى عرفة الا من كان ضعيفا أو بدايته عملة فلا بأس أن يغدو قبل طلوع الشمس وذلك كله لما قدمناه من الاقتداء بفعل النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن حبيب ومن غدا من منى الى عرفة قبل طلوع الشمس فلا يجاوز بطن محسر حتى تطلع الشمس على ثبير ومعنى ذلك ان ما قبل بطن محسر في حكم منى فلا يكون غاديا الى عرفة الا بخروجه من منى الى بطن محسر بعد طلوع الشمس ص ﴿ قال مالك والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان الامام لا يجهر بالقرآن في الظهر يوم عرفة وانه يخطب الناس يوم عرفة وان الصلاة يوم عرفة انما هي ظهر وان وافقت الجمعة فانما هي ظهر ولكنها قصرت من أجل السفر ﴿ قال مالك في امام الحاج اذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق انه لا يجمع في شيء من تلك الأيام ﴿ ش قوله ان الامام لا يجهر بالقرآن في الظهر من يوم عرفة لانها ظهر وذلك ان الخطبة لا تأثير لها فيها لما قدمناه واذا وافق فاتها ظهر أيضا وانما تقصر للسفر وليست بصلاة جمعة لان عرفة ليست بموضع تجميع لان التجميع لا يكون الا بموضع استيطان واقامة وعرفة ليست بدار قرار ولا بدار استيطان ولا اقامة فلا يجمع فيها وأيضا فانه ليس فيها قريّة وهي شرط في صحة الجمعة

(فصل) واذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق لم يجمع في شيء من ذلك أما في عرفة فلما قدمناه وأمامنا فانها وان كانت قرية مبنية فليست بدار استيطان ولا اقامة ولا لها أهل يستوطنونها وانما يسكنها الناس أيام منى خاصة وما كان بهن المأوى فلا يجوز أن يجمع فيها ولو سكنت واستوطنت لكان حكمها حكم سائر البلاد في التجميع والله أعلم

﴿ صلاة المزدلفة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً ﴾ ش قوله انه صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً يحتمل من جهة اللفظ انه صلى كل واحدة منهما بالمزدلفة وان كان صلى كل واحدة منهما منفردة ويحتمل أن يكون جمع بينهما وهو الاظهر لأنه يقتضي الأمرين جميعاً الجمع بينهما بالمزدلفة والجمع بينهما على سنة الجمع ص ﴿ مالك عن موسى بن عقبة عن كريب مولى ابن عباس عن أسامة بن زيد انه سمعه يقول دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال فتوضأ فلم يسبغ الوضوء فقلت له الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء ثم أقامت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بغيره في منزله ثم أقامت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيئاً ﴾ ش قوله دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة قد تقدم أن دفعه كان بعد غروب الشمس وقد قال ابن حبيب واذا دفع الإمام من عرفة فارفع يديك الى الله سبحانه وتعالى وادفع وعليك السكينة والوقار وان كنت راجلاً فامش الهويناً ولا تنسل وان كنت راكباً فاعنق ولا تهزل ولا بأس اذا وجدت فجوة أن تحرك شيئاً والاصل في ذلك حديث أسامة بن زيد المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص (مسألة) ويستحب أن يأخذ في طريقه من عرفة الى المزدلفة بين المأزمين رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك قال فان أخذ من غير ذلك الطريق فلا شيء عليه لأنه ليس فيه اخلاص النسك

(فصل) وقوله حتى اذا كان بالشعب نزل فبال ليس النزول بالشعب بسنة ولا مشروع لأنه ليس من جنس العبادات قال ابن حبيب لم ينزل النبي صلى الله عليه وسلم بين عرفات وجع الالهرق الماء وقال عكرمة الشعب التي كانت الامراء تنزلها اتخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم مبالاً واتخذتموه مصلى

(فصل) وقوله فتوضأ ولم يسبغ الوضوء يريد بقوله توضأ الاستنجاء من البول ويريد بقوله لم يسبغ الوضوء لم يتوضأ وضوء الحدث ولذلك قال أسامة الصلاة يا رسول الله تذكرها لما رأى من تركه الاستعداد لها بالوضوء ويحتمل أن يريد بقوله فتوضأ وضوء الحدث وأراد بقوله ولم يسبغ الوضوء لم يبالغ فيه مبالغته اذا أراد الصلاة به وقد روى هذا المعنى في الحديث فيكون وضوء ذلك وضوء آخر ليسكون على طهارة والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الصلاة أمامك يقتضي أن ذلك ليس بوقت الصلاة أو أن ذلك ليس بموضع للصلاة أو أن الأمرين جميعاً قد اتفقا هنالك وذلك أن من وقف بغيره لا يخلو أن يقف بهامع الإمام أو بائردفع الإمام فمن وقف مع الإمام ودفع بدفعه فقد قال مالك لا يصلح حتى يأتي المزدلفة فيجمع بينهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الصلاة أمامك

﴿ صلاة المزدلفة ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً ﴾ وحدثني عن مالك عن موسى بن عقبة عن كريب مولى ابن عباس عن أسامة بن زيد انه سمعه يقول دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال فتوضأ فلم يسبغ الوضوء فقلت له الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء ثم أقامت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بغيره في منزله ثم أقامت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيئاً

(فصل) فمن صلى قبل أن يأتي المزدلفة دون عذر فقد قال ابن حبيب يعيد متى علم بمنزلة من صلى قبل الزوال لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك وبه قال أبو حنيفة وقال أشهب بنس مناصنع ولا إعادة عليه إلا أن يصلحها قبل مغيب الشفق فيعيد العشاء وحدها أبدا وبه قال الشافعي وهو الذي نصره القاضي أبو الحسن واحتج له بأن هاتين صلاتين سن الجمع بينهما فلم يكن ذلك شرطاً في صحتهما وإنما كان على معنى الاستحباب كالجمع بين الظهر والعصر بعرفة (مسألة) ومن أسرع فأتى المزدلفة قبل مغيب الشفق فقد قال ابن حبيب لا صلاة لمن عجل إلى المزدلفة قبل مغيب الشفق إلا امام ولا غيره حتى يغيب الشفق ووجه ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك ثم صلاها بالمزدلفة بعد مغيب الشفق ومن جهة المعنى أن وقت هذه الصلاة بعد مغيب الشفق فلا يجوز أن يؤتى بها قبله ولو كان لها وقت قبل مغيب الشفق لما أخرت عنه وقدر وى عن عبد الله بن مسعود (مسألة) وأما من أتى عرفة بعد دفع الامام وكان له عذر ممن وقف مع الامام فقد قال ابن المواز من وقف بعد الامام فليصل كل صلاة لوقتها وقال مالك فممن كان له عذر يمنعه أن يكون مع الامام أنه يصلي اذا غاب الشفق الصلاتين يجمع بينهما وهذا يقتضي مراعاته للوقت دون المكان وقال ابن القاسم فممن وقف بعرفة بعد الامام ان رجاء أن يأتي المزدلفة ثلث الليل فليؤخر الصلاتين حتى يأتي المزدلفة والأصل كل صلاة لوقتها فجعل ابن المواز تأخير الصلاة إلى المزدلفة لمن وقف مع الامام دون غيره واعتبر مالك بالوقت دون المكان واعتبر ابن القاسم بالوقت المختار للصلاة والمكان فان خاف فوات الوقت المختار بطل اعتبار المكان وكان مراعاة وقتها المختار أولى

(فصل) وقوله فلما جاء المزدلفة توضأ فأبغ الوضوء ان كان وضوؤه الاول هو الاستنجاء فانه يريد بالوضوء ههنا وضوء الحدث وان كان وضوؤه بالشعب وضوء الحدث غير أنه اقتصر فيه على أقل الواجب فان اسباغ ههنا الاثنيان به على أتم أحواله

(فصل) وقوله ثم أقمت الصلاة فصلى يريدانه بدأ بالصلاة ولم يؤخرها لأن حلولها انما هو مغيب الشفق ومغيب الشفق مع الوصول إلى المزدلفة وقد وجد الامر ان فيجب تقديمهما وقد سئل مالك فممن أتى المزدلفة أبداً بالصلاة أم يؤخر حتى يحط عن راحلته فقال أما الرحل الخفيف فلا بأس أن يبدأ به قبل الصلاة وأما المحامل والزامل فلا يرى ذلك وليبدأ بالصلاتين ثم يحط راحلته وقال أشهب في كتابه لو حط رحله وحطه له بعد أن يصلي المغرب أحب إلى ما لم يضطر إلى ذلك لما بدايته من الثقل أو لغير ذلك من العذر ووجه ذلك أن تقديم الصلاة مشروع لان ذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم غير أن العمل اليسير ليس بفاصل بين الوصول والصلاة لاسيما اذا كان لعذر وقد توضحا النبي صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة

(فصل) وقوله فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره ثم أقمت العشاء فصلاها يريد والله أعلم تعجيل صلاة المغرب عند الوصول أو قبل أن يعيد كل انسان مكان نزوله فلما صلى المغرب أتسع الوقت للعشاء فذهب كل انسان إلى تعيين مكان نزوله وأناخه بعيره به وتعشى النبي صلى الله عليه وسلم بعد ذلك على رواية ابن مسعود ليتم كل انسان ما يحتاج اليه من أناخه بعيره والتخفيف عن راحلته قال أشهب يحط عن راحلته بعد المغرب ان شاء وان لم يكن به ثقل فان ذلك قريب لا تفاوت فيه بين الصلاتين وليس ذلك بعمل مشروع بين الصلاتين فيعتبر وانما هو مباح موسع فيه

(فصل) وقوله ثم أقمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما يريد أنه لم يتنفل بينهما وقدر وى عن عبد الله

عن يحيى بن سعيد عن
عدي بن ثابت الانصاري
ان عبد الله بن يزيد
الخطمي أخبره ان ابا
أيوب الانصاري أخبره انه
صلى مع رسول الله صلى
الله عليه وسلم في حجة
الوداع المغرب والعشاء
بالمزدلفة جميعا * وحدثني
عن مالك عن نافع ان عبد
الله بن عمر كان يصلي المغرب
والعشاء بالمزدلفة جميعا

* صلاة مني *

* قال مالك في أهل مكة
انهم يصلون بمنى اذا حجوا
ركعتين ركعتين حتى
ينصرفوا الى مكة * وحدثني
يحيى عن مالك عن هشام
ابن عروة عن أبيه أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم صلى الصلاة بمنى
ركعتين وأن أبا بكر صلاها
بمنى ركعتين وأن عمر بن
الخطاب صلاها بمنى ركعتين
وأن عثمان صلاها بمنى
ركعتين شطر أمارته ثم
أتمها بعد * وحدثني عن
مالك عن ابن شهاب عن
سعيد بن المسيب أن عمر
ابن الخطاب لما قدم صلى
بهم ركعتين ثم انصرف
فقال يا أهل مكة أتموا صلاتكم
فانا قوم سفر ثم صلى عمر
بن الخطاب ركعتين بمنى

ابن مسعود أنه صلى بعد المغرب ركعتين ثم تعشى ثم صلى العشاء وقد قال أشهب لا يتعشى قبل أن يصلي
المغرب وإن خفف وليصل المغرب ثم يتعشى قبل أن يصلي العشاء إن كان عشاؤه خفيفا وإن كان فيه
طول فليؤخره حتى يصلي العشاء أحب الي * ويحتمل هذا أن يكون الجمع هناك ليس بمقصود في
نفسه وإنما المقصود تأخير المغرب الى بعد مغيب الشفق ويحتمل أن يكون هذا العمل اليسير ليس
بفاصلا ولا مانع من حكم الجمع على ما قال أشهب * وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع المغرب
والعشاء بجمع كل واحدة منهما نافلة ولم يسبح بينهما ولا على أثر واحدة منهما وهذا يحتمل أن يقصد
الوقت والله أعلم * * مالك عن يحيى بن سعيد عن عدي بن ثابت الانصاري ان عبد الله بن يزيد
الخطمي أخبره ان أبا أيوب الانصاري أخبره انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع
المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي المغرب
والعشاء بالمزدلفة جميعا * * هذا اللفظ يحتمل معنيين أحدهما انه صلى الصلاتين بالمزدلفة
والثاني انه صلاهما بالمزدلفة على حكم الجمع بينهما وحمل اللفظ على الوجهين أولى لاحتماله لهما ولا تنافي
بينهما الا أن يدل دليل على غير ذلك فينبى الى ما دل عليه والله أعلم

* صلاة منى *

ص * قال مالك في أهل مكة انهم يصلون بمنى اذا حجوا ركعتين ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة
* مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الصلاة بمنى ركعتين وأن أبا
بكر صلاها بمنى ركعتين وأن عمر بن الخطاب صلاها بمنى ركعتين وأن عثمان بن عفان صلاها بمنى
ركعتين شطر أمارته ثم أتمها بعد * * قوله في أهل مكة انهم يصلون اذا حجوا ركعتين يريد انهم
اذا حجوا اقتضى ذلك بلوغا الى عرفة ورجوعا الى مكة ولو كان منتهى سفرهم عرفة لما قصر وا
الصلاة واحتسب في هذا السفر بالذهاب والرجوع لان من خرج من مكة الى عرفة محرما بالحج فلا بد له
من الرجوع الى مكة بحكم الاحرام الذي دخل فيه لانه لا يضح أن يتم عمله الذي دخل فيه الا بالرجوع
الى مكة وأما سائر الاسفار فان نوى فيه المسير والجمي فانه لا يلزمه الرجوع وله أن يقيم في منتهى
سفره أو يمضي منه الى موضع سواه فأخبر مالك ان الواجب على أهل مكة اذا خرجوا للحج أن
يصلوا ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة وذلك يقتضى أن يصلوا بهما ركعتين في البداية والعودة ويصلون
كذلك بعرفة والمزدلفة وغيرهما والله أعلم

(فصل) وقوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بمنى ركعتين مما احتج به على صحة قوله من أن
حكم المصلي بمنى التقصير وكذلك فعل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وثمان بعض خلافة ثم أتم وقد
اختلف الناس في معنى اتمامه ف قيل انه كان اتخذ أهلا بمكة فرأى انه لا يقصر مكي لانه اعتبر في سفره
من مكة بالخروج الى عرفة دون العودة الى مكة وهذا لم يثبت وهو من المهاجرين ولا يجوز للمهاجرين
استيطان مكة وقيل انه رأى الاتمام أفضل وهو رأى جماعة من النخباء أن الاتمام فضيلة والتقصير
رخصة وأن النبي صلى الله عليه وسلم اتما قصر تخفيفا على الناس وليتيسر جواز التقصير والذي
ذهب اليه مالك أن التقصير أولى وقد روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال صليت مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ومع أبي بكر وعمر ركعتين فليت حظي من أربع ركعات ركعتان
مقبلتان ص * * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب لما قدم مكة صلى بهم
ركعتين ثم انصرف فقال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى

ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئا * وحدثني عن مالك (٤١) عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب صلى للناس بمكة ركعتين فلما

انصرف قال يا أهل مكة
أتعوا صلاتكم فانا قوم
سفر ثم صلى عمر ركعتين
بمنى ولم يبلغنا أنه قال لهم
شيئا * وسئل مالك عن
أهل مكة كيف صلاتهم
بعرفة أركعتان أم أربع
وكيف بأمر الحاج ان كان
من أهل مكة أيا صلي الظهر
والعصر بعرفة أربع
ركعات أو ركعتين وكيف
صلاة أهل مكة بمنى في اقامتهم
فقال مالك يصلي أهل مكة
بعرفة ومنى ما أقاموا بها
ركعتين ركعتين يقصرون
الصلاة حتى يرجعوا الى
مكة * قال مالك وأمر الحاج
أيضا اذا كان من أهل
مكة قصر الصلاة بعرفة
وأيام منى * قال مالك
وان كان أحدا ساكنا
بمنى مقيما فان ذلك يتم
الصلاة بمنى وان كان أحد
ساكنا بعرفة مقيما فان
ذلك يتم الصلاة بها أيضا

* صلاة المقيم بمكة ومنى *
* حدثني يحيى عن مالك
انه قال من قدم مكة لهلال
ذى الحجة فاهل بالحج فانه
يتم الصلاة حتى يخرج
من مكة لمنى فيقصر وذلك
انه قد اجتمع على مقام
أكثر من أربع ليال
* تكبير أيام التشريق *
* حدثني يحيى عن مالك

ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئا * مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه صلى للناس
بمكة ركعتين فلما انصرف قال يا أهل مكة أتعوا صلاتكم فانا قوم سفر ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين
بمنى ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئا * ش قوله أن عمر بن الخطاب حين قدم مكة صلى بهم ركعتين يريد أنه قدم
أيام امامته فصلى لهم وكذلك يفعل الامام اذا ورد بلد من عمله أقام بهم الصلاة فان كان بنىة المقام أتم
الصلاة وان كان بنىة السفر قصرها وظاهر مساق الكلام يقتضى أنه ورد حاجا وان كان قصر
الصلاة فان ذلك يقتضى أنه ورد مكة بالغد من يوم التروية وهو يوم يخرج فيه الى منى مدة تتم لها الصلاة
(فصل) وقوله ثم صلى بمنى ركعتين ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئا الضمير راجع الى أهل مكة في قوله ولم
يبلغنا أنه قال لهم شيئا لأنهم هم الذين جرى ذكرهم وأما أهل منى فلم يجز لهم ذكر ولا لها أهل لأنها ليست
بدار استيطان واقامة وان نسب اليها أحدا فانه ينسب من يقيم حوالها من الاعراب المنتقلين وانما
يأمرهم بالانمام لما كان حكمهم التقصير الذى هو حكمهم وأمرهم بمكة بالانمام لما كان حكمه الانمام
الذى يخالف حكمه في القصر فنبأهم على ترك اتباعه في القصر ص * وسئل مالك عن أهل
مكة كيف صلاتهم بعرفة أركعتان أم أربع وكيف بأمر الحاج ان كان من أهل مكة أيا صلي الظهر
والعصر بعرفة أربع ركعات أو ركعتين وكيف صلاة أهل مكة بمنى في اقامتهم فقال مالك يصلي أهل
مكة بعرفة ومنى ما أقاموا بها ركعتين ركعتين يقصرون الصلاة حتى يرجعوا الى مكة * قال مالك
وأمر الحاج أيضا ان كان من أهل مكة قصر الصلاة بعرفة وأيام منى قال مالك وان كان أحدا ساكنا
بمنى مقيما فان ذلك يتم الصلاة بمنى وان كان أحدا ساكنا بعرفة مقيما فان ذلك يتم الصلاة بها
أيضا * ش قد تقدم من قول مالك أن أهل مكة يقصرون الصلاة بمنى وعرفة وقد بينا وجه ذلك
ومخالفة هذا السفر لغيره من الاسفار وحكم الامر في ذلك حكم غيره لأنه يلزمه من التماسى والرجوع
ما يلزم غيره

(فصل) وقوله وان كان أحدا ساكنا بمنى مقيما يقتضى أن ذلك قليل غير معلوم عنده لأنها ليست
دار استيطان على ما قدمنا ذكره إلا أنه ان اتفق ذلك فان المقيم بها يتم الصلاة لأن من حكم كل مسافر
يصلى في بلده فانه يتم الصلاة فيه وان كان عليه التماسى الى غيره ولذلك أتم أهل منى بمنى وأهل
عرفة بعرفة

* صلاة المقيم بمكة ومنى *

ص * قال مالك من قدم مكة لهلال ذى الحجة فاهل بالحج فانه يتم الصلاة حتى يخرج من مكة الى منى
فيقصر وذلك انه قد اجتمع على مقام أكثر من أربع ليال * ش وهذا على ما قال من قدم مكة
لهلال ذى الحجة فانه يقيم بمكة سبعة أيام لأن الخروج الى منى انما هو في اليوم الثامن وهذه مدة يتم
الصلاة من نوى اقامتها في موضع وكذلك لو ورد بينه وبين يوم التروية أربعة أيام كان حكمه انمام
الصلاة حتى يخرج الى منى فيقصر ولا يلزم على هذا الحاج بمنى يوم النحر فانه ان لم يتعجل فانه
لا يستكمل بها أربعة أيام فلذلك لم يفصل بين أول سفره وآخره فلم يزل المقيم بها أيام منى يتم صلاته

* تكبير أيام التشريق *

ض * مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه أن عمر بن الخطاب خرج الغد من يوم النحر حين ارتفع

النهار شيئاً فكبر فكبر الناس بتكبيره ثم خرج الثانية من يومه ذلك بعد ارتفاع النهار فكبر فكبر
الناس بتكبيره ثم خرج الثالثة حين زاغت الشمس فكبر فكبر الناس بتكبيره حتى يتصل
التكبير ويبلغ البيت فيعلم ان عمر قد خرج يرمى * ش خروج عمر بن الخطاب في الاوقات
المنذورة للتكبير على معنى تكبير الناس وتبهيهم على ذكر الله تعالى لما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال انها أيام أكل وشرب وذكر لله تعالى وخاف أن يغلب على الناس في أكثر أوقاته
التسافل والغفلة عن ذكر الله تعالى فكان يخرج ويعلن بالتكبير منذ كر الناس بذلك وقد قال
مالك ان عمر كان اذا كبر بنى بعد الزوال حسر الناس الامتعة لرمى الجمار فيحتمل أن يكون عمر
يقصد بذلك ليتأهب الناس لرمى الجمار اذا كان رميها قبل الصلاة وقبل الأذان لها ولعله كان يزيد
في الاعلان به عند الزوال حتى يتصل التكبير الى مكة فيعلم الناس ان عمر قد خرج لرمى الجمار
فتذكر من حينئذ ذكر الله تعالى ويغتفون الدعاء حين دعا الناس بنى رجاء ان تنالهم بركته

(فصل) وقوله دبر الصلوات يريد الصلوات الخمس رواء على بن زياد عن مالك في المدونة دون النوافل خلافا لبعض التابعين لأن في تخصيص هذه الصلوات بذلك تعظيما لها ولأنه ذكر واجب فوجب أن يختص من الصلوات بالواجب منها

(فصل) وقوله وأول ذلك تكبير الامام في عقب صلاة الظهر من يوم النحر وآخره تكبيره عقب صلاة الصبح من آخر أيام التشريق ومعنى ذلك ان هذه مائة صلاة الناس بمنى لان صلاة الفجر يوم النحر انما صلى بالمزدلفة وصلاة الظهر في آخر أيام التشريق لا تصلى بمنى وانما يرى الجمار الحاج ثم ينصرف صلى الظهر بالحصب أو حيث أدر كته الصلاة من طريقه وقال الشافعي يكبر في صلاة الظهر من آخر أيام التشريق ووجه قول مالك ما قدمناه قال الشيخ أبو القاسم وذلك في خمس عشرة صلاة أو لها صلاة الظهر من يوم النحر وآخرها صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وفي كتاب ابن سحنون فممن قضى صلاة من أيام التشريق بعدها فلا تكبير عليه ومعنى ذلك ان لهذا التكبير

اختصاص هذه الأيام لقوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات (مسئلة) فمن نسي التكبير
بإثر الصلاة كبران كان قريبا وان تباعد فلا شيء عليه وجه القول الاول ان المرامي في ذلك القرب
لانه مضاف الى الصلاة وفي المدونة من قول مالك ان نسي الامام التكبير فان كان قريبا قعد فكبر
وان تباعد فلا شيء عليه وان ذهب ولم يكبر والقوم جلوس فليكبر ووجه القول الثاني مراعاة الحال
التي يتحلل عليها من الصلاة فاذا فارقها فلا شيء عليه

(فصل) قال في المدونة ويكبر الناس والمسافرون ومن صلى وحده وأهل البوادي والعبيد وغيرهم
من المسلمين وقال في المختصر ولا يكبر النساء دبر الصلوات وجه القول الاول ان المرأة ممن يلزمها
حكم الاحرام كالرجل ووجه القول الثاني انه معنى من حكمه الاعلان فلم يثبت في حق المرأة ابتداء
كالأذان (مسئلة) وصفة التكبير قال في المجموعة على بن زياد عن مالك التكبير دبر الصلوات
الله أكبر الله أكبر الله أكبر وفي المختصر عن مالك الله أكبر الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله
أكبر الله أكبر والله الحمد قال الشيخ أبو القاسم وذلك ست كلمات وان اقتصر على ثلاث تكبيرات
متواليات أجزأه والاول أفضل وروى على بن زياد عن مالك في المجموعة ونحن نستحسن في التكبير
ثلاثا من زاد أو نقص فلا حرج وروى ابن القاسم وأشهب انه لم يحد فيه ثلاثا والله أعلم ص قال
مالك الأيام المعدودات أيام الشريق ش الأيام المعدودات هي أيام الرمي وهي ثلاثة أيام متصلة
تلي يوم النحر وهي أيام التشريق قيل سميت التشريق لان لحوم الاضاحي تشرق فيها وقيل سميت
بذلك لقولهم أشرق ثبير كناية عن ومما يدل على ان الأيام المعدودات هي التي وصفنا ذلك قوله تعالى
واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلاثم عليه ومن تأخر فلاثم عليه معناه والله
أعلم فمن تعجل في يومين منها ومن تأخر حتى يستكملها والتعجيل في يومين منها أن يقيم بمنى منها يوم
النحر وهو أولها ثم يوم النفر وهو الثاني منها فيأتي في اليومين بماء شرع فيه من الرمي ثم ينفر فيه
فيكون قد تعجل قبل اليوم الثالث والتأخير أن يقيم الى اليوم الثالث وهو يوم الصدر فيأتي بما
شرع فيه من الرمي ثم يصدر

﴿ صلاة المعرس والمحصب ﴾

ص قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتاه بالبطحاء التي بنى
الحليفة فصلى بها قال نافع وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك قال مالك لا ينبغي لأحد أن يجاوز المعرس
إذا قفل حتى يصلي فيه وان مر به في غير وقت صلاة فليقم حتى تحل الصلاة ثم يصلي ما بدا له لانه بلغني ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم عرس به وان عبد الله بن عمر أتاه به ش المعرس هو البطحاء التي
بنى الحليفة ومعنى المعرس موضع النزول يقال عرس الرجل بالمكان اذا نزل به وحط فيه رحله
فسمى ذلك الموضع المعرس لان النبي صلى الله عليه وسلم نزل فيه ولما صلى فيه النبي صلى الله عليه وسلم
استحببت الصلاة فيه تبركا بموضع صلاته مع أنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك رواه
عبد الله بن عمر عنه صلى الله عليه وسلم أنه نودي وهو في معرس ذي الحليفة ببطن الوادي قيل له انك
ببطحاء مباركة

(فصل) وقول مالك لا ينبغي لأحد أن يجاوز المعرس اذا قفل حتى يصلي فيه وخص ذلك بالقول
لأنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه بالبطحاء في قوله روى عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى

﴿ صلاة المعرس

والمحصب ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن نافع عن عبد الله

ابن عمر أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم أتاه

بالبطحاء التي بنى

الحليفة فصلى بها قال نافع

وكان عبد الله بن عمر

يفعل ذلك * قال مالك

لا ينبغي لأحد أن يجاوز

المعرس اذا قفل حتى يصلي

فيه وان مر به في غير

وقت صلاة فليقم حتى

تحل الصلاة ثم يصلي

ما بدا له لانه بلغني أن

رسول الله صلى الله عليه

وسلم عرس به وأن عبد

الله بن عمر أتاه به

الله عليه وسلم كان يخرج من طريق الشجرة ويدخل في طريق المعرس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج لمكة يصلي بمسجد الشجرة وإذا رجع صلى بذي الحليفة ببطن الوادي حتى يصبح (فصل) وقوله وإن مر به في غير صلاة فليقم حتى تحل الصلاة ثم يصلي ما بدا له واحتج على ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وفي رواية عبيد الله عن نافع أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وهذا يدل على تكرار ذلك الفعل منه والاقتداء به بممارجى بركته لا سيما وقد أوحى إليه في هذا اليوم أنه ببطنحاء مباركة فيجب أن يقصد الصلاة راء بركة ذلك فيها وليس لما يصلي فيه حدير يد في الكثرة والقلة وأما ذلك ما شرع من النافلة وهو ركعتان فهذا أحد في القلة وأما الكثرة فلا حد لها والله أعلم وإنما ذلك لمن كان قافلاً من حج أو عمرة وقدرى أبو داود بن سعيد عن مالك فممن حج أو اعتمر من أهل المدينة ثم قفل فمر بقريته جاهلاً فأقام بها شهرين أو ما أسبه ذلك ثم رجع إلى أهله بالمدينة ليس عليه أن يأتي المعرس وإنما ذلك على من توجه إلى أدله في صدره والله أعلم ص **م** مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت **ش** المحصب موضع بأعلى مكة خارج منها متصل بالجبانة التي بطريق منى وهو الذي يقال له الابطحج رواه ابن المواز عن مالك وقوله أنه يصلي هذه الصلوات بالمحصب يقتضى أن ذلك مشروع عنده والاصل في ذلك ما روى أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى الظهر والمغرب والعشاء بالمحصب وقد روي عن عائشة أنها قالت المحصب ليس بسنة إنما هو منزل نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكون أسمح لخروجه وروى ابن عباس نحوه وروى سليمان بن يسار عن أبي رافع قال لما أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أنزل بالابطحج ولكني أتيتها فضربت فيها قبتة فجاء فنزل وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال اني لأستحب النزول بالمحصب إذا فرغ الإمام من أيام الرمي وصدر وان لم يفعل فلا بأس وروى ابن وهب عن مالك أن ذلك حسن للرجال والنساء وليس ذلك بواجب وقد قال ابن عمر النزول بالمحصب سنة أناخ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان والخلف وهذا على ما قال ولا خلاف في أنه غير واجب وإنما الخلاف في الاستحباب وقد قال مالك استحب للأئمة ولم يقتدي به أن لا يجاوزوه حتى ينزلوا به فان ذلك في حقهم لان هذا أمر قد فعله النبي صلى الله عليه وسلم والخلف فتعين على الأئمة ومن يقتدي به من أهل العلم أحياء سنته والقيام بها ثلاثاً ترك هذا الفعل جملة ويكون للنزول بهذا الموضع حكم النزول بسائر المواضع لأفضلية النزول به بل لا يجوز النزول به على وجه القربة

(فصل) فإذا قلنا يستحب النزول به فان ذلك لمن لم يتعجل فأما من تعجل في يومين فلا أعلم التعصيب يكون له رواه ابن حبيب عن مالك وقد روى ابن أبي ذئب عن ابن شهاب لاحصبة لمن تعجل في يومين ووجه ذلك أن هذا إنما هو لمن استوفى العبادة وأتى بها على أكمل هيئتها فأما من اقتصر على الجائز منها دون الفضيلة وتعجل بترك البيت بمنى ورمى الجمار الذي هو أكدم التعصيب فن حكمه أن لا يتلوم على التعصيب الذي لا يقوى قوة التأخير في القرب وكذلك إذا وافق يوم الجمعة يوم النفر فقد قال مالك أحب للإمام أن لا يقيم بالمحصب لكي يصلي الجمعة بأهل مكة

(فصل) ومن لم يقيم بالمحصب فقد قال ابن حبيب كان مالك يأمر بالمحصب ويستحبه وإن شاء مضى إذا صلى به الظهر والعصر حتى يأتي مكة ويدع المقام به حتى يمسي إلا أنه لا ينبغي لأحد أن يدع التعريس به وأما من جهل أو نسي فلم ينزل به ومضى كما هو حتى أتى مكة فصلى بها الظهر والعصر أو

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت

صلاها بطريقه فلا شيء عليه من دم ولا غيره قاله ابن حبيب ووجه ذلك ما قدمناه من أنه مستحب مختلف في استحبابه فالأخذ به أحوط وأفضل ومن تركه فلا شيء عليه لأنه لم يخل بواجب (مسئلة) ومن أدركه وقت الصلاة قبل أن يأتي الابطح فانه يصلي الصلاة حيث أدركه فاذا أتى الابطح نزل به قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن أداء الصلاة في وقتها متفق على وجوبه والنزول بالابطح مختلف في استحبابه مع أنه لا يفوت بأداء الصلاة في وقتها (فصل) وقوله ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت ان كان ممن عليه طواف الافاضة فيدخل لذلك وان كان ممن يريد الرحيل وقد طاف لا فاضته فيدخل لطواف الوداع وان كان يريد المقام بمكة فقد حل وان شاء طاف وان شاء أخر الطواف والله أعلم

﴿ البيتونة بمكة ليالي منى ﴾

﴿ البيتونة بمكة ليالي منى ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع انه قال زعموا أن
 عمر بن الخطاب كان يبعث
 رجلا يدخلون الناس
 من وراء العقبة * وحدثني
 عن مالك عن نافع عن عبد
 الله بن عمر ان عمر بن
 الخطاب قال لا يبيتن أحد
 من الحاج ليالي منى من
 وراء العقبة * وحدثني
 عن مالك عن هشام بن
 عروة عن أبيه انه قال في
 البيتونة بمكة ليالي منى
 لا يبيتن أحدا لا بمنى

ص * مالك عن نافع أنه قال زعموا أن عمر بن الخطاب كان يبعث رجلا يدخلون الناس من وراء العقبة * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا يبيتن أحد من الحاج ليالي منى من وراء العقبة * ش قوله كان يبعث رجلا يدخلون الناس من وراء العقبة يريد في ليالي منى لأن المبيت بمنى ليالي منى مشروع كالمقام بها وكل حكم تعلق بمنى فانه يتعلق بما دون العقبة اليها كالنصر وقد قال ابن عبد الحكم عن مالك وابن حبيب عن ابن الماجشون من أقام بمكة أكثر ليلة ثم أتى إلى منى فأقام بها حتى أصبح فلا شيء عليه حتى يبيت ليلة كاملة فعليه دم وروى ابن المواز أن من بات ليلة أو جل ليلة وراء العقبة فله دهايا وان بات بعض ليلة فلا شيء عليه. والاصل في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم بات بمنى ليالي منى وارخص القياس في المبيت بمكة لأجل السقاية وهذا يدل على أنه مأثور به والافكان يجوز للعباس ذلك ولغيره دون ارخاص وقد تأكد ذلك بفعل الأئمة بعد النبي صلى الله عليه وسلم ثم يمنع عمر المبيت وراء العقبة وهذا اجماع لعدم الخلاف (مسئلة) والعقبة التي منع عمر أن يبيت أحد وراءها إلى مكة هي العقبة التي عند الجمرات التي يرميها الناس يوم النحر بميالي مكة رواه ابن نافع عن مالك في المبسوط قال وقال مالك ومن بات وراءها ليالي منى فعليه الفدية ووجه ذلك أنه بات بغير منى ليالي منى وهو مبيت مشروع في الحج فلزم الدم بتركه كالمبيت بالمزدلفة ومعنى الفدية في قول مالك في هذه المسئلة الهدى قال مالك وهو هدى يساق من الحبل إلى الحرم وكذلك روى في المبسوط عن مالك في من زار البيت فخرض بمكة وبات بها عليه هدى يسوقه من الحل إلى الحرم فأوجب ذلك مع الضرورة ص * مالك عن هشام بن ابن عروة عن أبيه أنه قال في البيتونة بمكة ليالي منى لا يبيتن أحد الا بمنى * ش قوله في البيتونة بمكة ليالي منى لا يبيتن أحد الا بمنى انما خص السائل بمكة بالمبيت بها لما رأى أن العباس وابنه عبد الله كانا يبيتان بمكة ليالي منى أرخص لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك على ما تقدم ذكره وقد روى عن ابن عباس اباحة ذلك وروى عنه عكرمة أنه قال لا بأس أن يبيت الرجل بمكة ليالي منى ويظل بها اذارى الجار قال ابن حبيب وانما ذلك رخصته من أجل السقاية ولم يرد بذلك سائر الناس وقد روى عن ابن عباس ما يؤيد هذا التأويل أنه قال اذا كان للرجل متاع بمكة فغشى عليه الضيعة ان بات بمنى فلا بأس أن يبيت عنده بمكة فعلى اباحة ذلك بالعدرو وهذا يقتضى أن ذلك ليس بمباح على الإطلاق وليس في هذا دليل على أنه لا يلزمه دم لان ذلك عذر يخصه والذي يقتضيه مذهب مالك ان عليه الهدى على حسب ما روى عنه ابن نافع فحين خبسه مرض فبات بمكة أن عليه الهدى

﴿رمى الجمار﴾

ص ﴿مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب كان يقف عند الجمرتين الأوليين وقفا طويلا حتى يمل القيام﴾ قوله أن عمر بن الخطاب كان يقف عند الجمرتين يريداً الأولتين وقفا طويلا يريده أنه كان يقف عندهما بعد الرمي للدعاء والذي كروفا طويلا حتى يمل القيام بقيامه من طول القيام والقيام عند تينك الجمرتين باثر رميهما مشروع ويستحب طول القيام عندهما للدعاء والذي كرو ص ﴿مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقف عند الجمرتين الأولتين وقفا طويلا يكبر الله ويسبحه ويحمده ويدعو الله ولا يقف عند جرة العقبة﴾ قوله يقف عند الجمرتين الأولتين هما اللتان يليان مسجد الخيف وانما سميتا الأولتين لانه انما يبدأ بأرضي من الجرة الأولى وهي التي تلي مسجد الخيف ثم بالوسطى وهي التي تليها ثم بالقصوى وهي التي تلي العقبة فشرع الوقوف عند الأولى والوسطى ولم يشرع عند الآخرة وهي جرة العقبة وموضع الوقوف عند الأولى الآن يتقدم أمامها ثم يقف ويدعو ثم يتقدم فيرمي الوسطى ثم ينصرف عنها ذات الشمال في بطن المسيل ثم يدعو ثم يتقدم إلى جرة العقبة فيرميها ولا يقف عندها كذلك يفعل أيام منى كلها رواه ابن عبد الحكم في مختصره عن مالك ووجه ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رمى الجمرات التي تلي مسجد منى يرميها بسبع حصيات يكبر كل رمية بحصاة ثم يتقدم أمامها فيقف مستقبل القبلة رافعا يدها يدعو وكان يطيل الوقوف ثم يأتي الجمرات الثانية فيرميها بسبع حصيات يكبر كل رمية بحصاة ثم ينصرف عن اليسار مما يلي الوادي فيقف مستقبل القبلة رافعا يده يدعو ثم يأتي الجمرات التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر عند كل حصاة ثم ينصرف ولا يقف عندها ويحتمل أن يكون ذلك والله أعلم من جهة المعنى أن موضع الجمرتين الأوليين فيه سعة للقيام للدعاء ولم يرمي وأما جرة العقبة فوضعها ضيق للوقوف عندها للدعاء لا لامتناع الرمي على من يريد الرمي ولذلك الذي يرميها لا ينصرف على طريقه وانما ينصرف من أعلى الجمرات ولو انصرف من طريقه ذلك لمنع من يأتي الرمي

(فصل) وبين في حديث عبد الله أن وقوفه عند الجمرتين انما هو للتكبير والتسبيح والتحميد والدعاء ولذلك استحب فيه التطويل وذلك قدر قوة الناس وطائهم ص ﴿مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يكبر عند رمي الجمرات وكبر عند رمي الجمرتين الأوليين فيه سعة للقيام للدعاء ولم يرمي وأما جرة العقبة فوضعها ضيق للوقوف عندها للدعاء لا لامتناع الرمي على من يريد الرمي ولذلك الذي يرميها لا ينصرف على طريقه وانما ينصرف من أعلى الجمرات ولو انصرف من طريقه ذلك لمنع من يأتي الرمي﴾

عند رمي الجمرات كبر عند رمي الجمرتين الأوليين فيه سعة للقيام للدعاء ولم يرمي وأما جرة العقبة فوضعها ضيق للوقوف عندها للدعاء لا لامتناع الرمي على من يريد الرمي ولذلك الذي يرميها لا ينصرف على طريقه وانما ينصرف من أعلى الجمرات ولو انصرف من طريقه ذلك لمنع من يأتي الرمي

كل رمية وكذلك كل عبادة شرع فيها التكبير فانه يتكرر بتكرار محله كالانتقال من ركن إلى ركن في الصلاة وشعار الحج مواضع تعظيم لله وتكبير وقيل مالك يكبر مع كل حصاة والاصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يكبر مع كل حصاة (مسئلة) وخص التكبير بهذا من بين سائر ألفاظ الذكر لفعل النبي صلى الله عليه وسلم كما خصت الصلاة فان سجد فقد قال ابن القاسم ما سمعت فيه شيئا والسنة التكبير قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه لا شيء عليه لان ابن القاسم قد قال في المبسوط فحين رمي ولم يكبر هو مجزئ ومعنى ذلك انه ذكر مشروع في أثناء الحج كسائر الأذكار والأدعية ص ﴿مالك أنه سمع بعض اهل العلم يقول الحصى الذي يرمي به الجمار مثل حصى الخذف قال مالك وأكبر من ذلك قليلا أعجب إلى﴾ ش قوله الحصى الذي يرمي به الجمار مثل حصى الخذف يريد أن الحصى المشروع رميه مثل حصى

﴿رمى الجمار﴾

﴿حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب كان يقف عند الجمرتين الأوليين وقفا طويلا حتى يمل القيام﴾ وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقف عند الجمرتين الأوليين وقفا طويلا يكبر الله ويسبحه ويحمده ويدعو الله ولا يقف عند جرة العقبة وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يكبر عند رمي الجمرات كبر عند رمي الجمرتين الأوليين فيه سعة للقيام للدعاء ولم يرمي وأما جرة العقبة فوضعها ضيق للوقوف عندها للدعاء لا لامتناع الرمي على من يريد الرمي ولذلك الذي يرميها لا ينصرف على طريقه وانما ينصرف من أعلى الجمرات ولو انصرف من طريقه ذلك لمنع من يأتي الرمي

عن مالك أنه سمع بعض أهل العلم يقول الحصى الذي يرمي به الجمار مثل حصى الخذف قال مالك وأكبر من ذلك قليلا أعجب إلى

الخذف والجرة اسم لموضع الرمي سميت بذلك باسم ما يرمى بها فيها والجار الحجارة قدر ما يرمى به منها مثل حصي الخذف وهو حصي مائل الى الصغر فترمي به العرب على وجه اللعب تجعله بين السبابة والابهام من اليسرى ثم تقذفه بالسبابة من اليمنى وقدر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عنه (فصل) وقول مالك وأكبر من ذلك قليلاً أحب الى يقتضي انه لم يبلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك ولذلك نسب القول الى بعض أهل العلم ولو بلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم من وجه صحيح لمانسبه الى غيره ولا استعجب ما هو أكبر منه روى أبو الزبير عن جابر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجرة بمثل حصي الخذف ووجه آخر وهو انه يحتمل انه بلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم انه رمى بذلك والنبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك تبيناً للجواز وأخذاً بالأسر ووجه ثالث وهو ما ذكره بعض شيوخنا انه انما فعل ذلك احتياطاً لئلا يقصر عن مثل ما رمى به النبي صلى الله عليه وسلم لانه اذا كان النبي صلى الله عليه وسلم رمى بمثل حصي الخذف كرهه أن يقصر أحد عن ذلك فيرمي بما هو أصغر من حصي الخذف ومن تعرى مثل حصي الخذف أخذ مرة أكبر منه ومرة مثله ومرة أصغر منه فيغل ببعض التقدير الذي سنده رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستعجب مالك أن يزيد الى حصي الخذف ليتيقن انه رمى بما رمى به النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقصر عن شيء منه وقدر روى عن القاسم بن محمد أنه كان يرمى بأكبر من حصي الخذف وهذا أيضاً ليس بأيسر لانه لو كان قدر حصي الخذف على معنى التحديد الذي لا يجوز الاخلال بشيء منه لكان ذلك يمنع من الزيادة عليه والوجه الأول أبين والأخذ بما فعل النبي صلى الله عليه وسلم أولى وأحق (مسئلة) وله أن يأخذ حصي الجار من منزله بمى أوحيت شاء ما لم يأخذها من الحصى الذي قدر رمى به الجرة العقبة فانه يستعجب أخذه من المزلفة قاله ابن حبيب * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه ولا وجه لذلك عندى غير الاستعداد بالجار لان الداخل الى منى يقصد جرة العقبة فيرميها ولا يقدم على ذلك شيئاً لان رمية متصل بوصوله قبل أن يحط رحله فيجب أن يكون جاره معه لئلا يسهل أن يصل رمية بالوصول وان لم تكن معدة فصل بين وصوله ورميه بطلب الجار وكسرها وأما غيرها من الجار فاعلم ما يرمى بها في اليوم الثاني بعد الزوال فيتسع له الوقت لطلب الجار واعدادها (مسئلة) ولا يرمى من الجار بما قد رمى هذا هو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك فيمن سقطت منه حصاة أنه يأخذ من موضعه حصاة مكانها فيرمي بها مكان التي سقطت وروى ابن القاسم عن مالك ان يتيقن أنها الحصاة التي سقطت منه فليأخذها وانه ليكره أن يأخذ من الجار التي قدر رمى بها وانى لا تقيه فان أخذ منها حصاة وهو لا يتيقن أنها التي سقطت منه فأرجو أن يكون خفيفاً وقدر روى ابن المواز عن أشهب فيمن فقد حصاة من عند الجرة فرمى بها أنه لا يجزئه وجه القول الأول أن من رمى الجار لا يغيرها عن حالها ولا يحدث فيها معنى لم يكن فيها فلم يمنع ذلك من رميها كتقليبها في يده ووجه القول الثاني أنه قد أدبت بها العبادة فلا يجزى تكرارها بها كالهدي والأظهر أن مبنى القول في أعلى ما تقدم من تكرار الوضوء بالماء ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من غربت له الشمس من أوسط أيام التشريق وهو بمى فلا ينفرن حتى يرمى الجار من الغد * ش قوله من غربت له الشمس من أوسط أيام التشريق يريد يوم ينفرن المتعجل وهو الثاني من أيام التشريق والثالث من أيام النحر جلس فلم يكن له أن يتعجل وذلك انه انما له التعجيل ما بينه وبين أن يغيب له الشمس من ذلك اليوم وهو بمى فان غربت له الشمس فقلزمه المبيت بها والمقام من الغد الى

* وحدثنى عن مالك
عن نافع أن عبد الله بن عمر
كان يقول من غربت
له الشمس من أوسط
أيام التشريق وهو بمى
فلا ينفرن حتى يرمى
الجار من الغد

أن يرمى الجمار لأنه قد فاتته أن يتعجل في وقت التعجيل وهو ما بين أن يرمى الجمار في اليوم الثاني من أيام التشريق وبين أن تغرب الشمس من ذلك اليوم (مسئلة) وأما حكم التعجيل فإن الحاج امام أو مؤتم به فأما الامام فتقدم مالك ما يعجبني ذلك له رواه ابن عبد الحكم ووجه ذلك أنه يقتضى به والتأخير له أفضل لأنه إتمام للناسك واستيعاب لها والاتباع بالعبادة والنسك على كل حينها فيستحب للامام أن يقيم للناس الحج على أمه حيثاته قاله الشيخ أبو بكر (مسئلة) وأما من ليس بامام فلا يخلو أن يكون مكياً أو غير مكى فإن كان مكياً فقد اختلف قول مالك فيه فروى عنه ابن القاسم أنه قال لا أرى ذلك لهم إلا أن يكون لهم عنق من تجارة أو ترص قال ابن القاسم وقد كان قال لي قبل ذلك لا بأس به وهو كأهل الآفاق قال ابن القاسم وهو أحب قوله إلى قال الله تعالى فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه وهذا عام في أهل مكة وغيرهم وجه القول الأول أنه لا عذر لأهل مكة في سرعة النفر والتعجيل لأنه لا يدعوهم إلى ذلك الرجوع مع الرفقة والجيران لما يخاف من فوات ذلك لمن تأخر عنهم ولا طول السفر وبعد المسافة وأما أهل الآفاق فتدعوهم إلى ذلك الدواعي التي ذكرناها (مسئلة) وأما أهل الآفاق فلمهم التعجيل والمشهور من المذهب أن لهم ذلك وإن أطموأ مكة وقد قال ابن الماجشون وابن حبيب أن ذلك لأهل مكة وليس ذلك لغيرهم إلا بشرط أن لا يستوي مكة في اليوم الثالث وجه القول الأول قوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه ومن جهة الستمرار روى عن عبد الرحمن بن نعيم الديلمي شهدت النبي صلى الله عليه وسلم أيام منى يتلو فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه ثم أورد رجلاً فجعل ينادى بها في الناس ووجه القول الثاني ما احتج به ابن الماجشون أن المكى يرجع إلى بيتهم وقد انتهى سفره وغير المكى مقامه بمنى كقائه بمكة فانه يجوز له التعجيل إذا احتاج إلى سرعة السفر فلا يبيت بمكة (فرع) فإن قلنا يقول ابن الماجشون فمن تعجل من أهل الآفاق فبات بمكة ولم يرجع إلى منى فقد قال ابن حبيب عليه السلام الذي يجب على من لم يرم وكان يلزمه أن يوجب عليه ما ترك المبيت بمنى وما ترك الرمي من الغد

وحديثي عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن الناس كانوا إذا رموا الجمار مشوا ذاهبين وراجعين وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان

(فصل) وقوله فلا ينفرن حتى يرمى الجمار من الغد يقتضى أنه لما لزمه المبيت لزمه رمي الجمار من الغد لأن المبيت من أجلها ويقتضى ذلك المقام بالنهار بمنى ودع عند مالك مشروعه لا يزول الحاج من منى أيام التشريق إلا العذر ولا يكثر من ذلك وتروى ابن عبد الحكم عن مالك لا يجب لأحد أن يتنفل بطواف بعد الأضحية في أيام منى فإن فعل فأرجو أن يكون خفيفاً قال الشيخ أبو بكر يعني أنه إذا طاف طواف الأضحية رجوع إلى منى ولا يستقل بشئ غيره من طواف أو صلاة أو غير ذلك لأن رجوعه إلى منى أفضل من ذلك كله ص مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن الناس كانوا إذا رموا الجمار مشوا ذاهبين وراجعين وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان مش قوله كانوا إذا رموا الجمار يريد في أيام التشريق مشوا ذاهبين إليها وراجعين عنها إلى الصلاة في المسجد وأما رمي جرة العقبة فإن راكبياً أي على راحته فيرميها راكباً وقد قال مالك في المبسوط الشأن يوم النحر أن يرمى جرة العقبة راكباً كما يأتي الناس على دوابهم وأما في غير يوم النحر فكان يقول يرمى ماشياً والاصل في ذلك ما قلناه من أنه يرمى جرة العقبة متطهراً وده وأما في سائر الأيام فإن المشي إليها واضح ويحتاج إلى الدعاء عند الجرتين فلوركب الناس لصاق بهم كما كان (فصل) وقوله وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان لعلمه يريده من الأئمة وبمن يقيم للناس أمر

الحج ولعل معاوية أيضا ركب لعذر وقد قال مالك في المبسوط فبين ركب أيام التشريق أو مشى يوم النحر لاشئ عليه ص * مالك أنه سأل عبد الرحمن بن القاسم من أين كان القاسم يرمى جرة العقبة فقال من حيث تيسر * ش قوله من حيث تيسر قال مالك معناه من أسفلها وهو اليسر فيها لأن رميها من أعلاها فيه مشقة لخروجه الموضع وضيقه والاصل في ذلك ما روى عبد الرحمن ابن يزيد قال رمى عبد الله من بطن الوادي فقلت له يا أبا عبد الرحمن إن ناسا يرمونها من فوقها فقال والذي لا إله غيره هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة وهذا على الاستحباب ولو رماها من أعلاه أجزأه اهـ من المبسوط (مسئلة) وإن رمى جرة العقبة فليجعل منى عن يمينه ومكة عن يساره والاصل في ذلك ما روى عبد الرحمن بن يزيد أنه حج مع ابن مسعود فراه يرمى الجرة الكبرى بسبع حصيات وجعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه ثم قال هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة ص * سئل مالك هل يرمى عن الصبي والمريض فقال نعم ويتحرى المريض حين يرمى عنه فيكبر وهو في منزله ويهريق دما فإن صح المريض في أيام التشريق رمى الذي رمى عنه وأهدى وجوبا * ش ومعنى ذلك أن الصبي يلزمه الرمي كما يلزم غيره وكذلك المريض فن استطاع منهما المشي إليه أو كان له من يحمله غيره فإنه لا يلزمه أن يباشر الرمي بنفسه إن كان الصبي ينهزم ما يؤمر به وكان مع المريض ذهنه وتدرى معنى ذلك في المبسوط وروى ابن عبد الحكم عن مالك في مختصره أن رجلا المريض أن يصح في أيام التشريق فليؤخر الرمي إلى آخر أيام التشريق فإن لم يرج ذلك رمى عنه واحد ويحتمل هذا عند وجهين أحدهما أن يكون قول واحد وذلك أنه نص أولا على أنه إن كان له من يحمله ويطبق ذلك مضى وعجل الرمي وإن لم يكن له من يحمله ورجا أن يطبق ذلك في بقية أيام التشريق أخر الرمي وإن لم يرج ذلك ولم يكن له من يحمله رمى عنه ويحتمل وجه آخر وهو أن يكون في ذلك قولان أحدهما أن رجلا أن يفريق في أيام الرمي آخر ذلك ولم يرم عنه أحد وإن لم يرج ذلك أمر من يرمى عنه والرواية الثانية أنه لا ينظر فيما يرجوه من أهله في أيام التشريق وإنما ينظر فيما يطيقه وقت الرمي ويومه ذلك فان استطاع على الرمي والارمي عنه غيره وإن كان يرجو أن يرمى في بقية أيام التشريق وجه رواية ابن عبد الحكم أن الرمي له وتمان وقت أداء وقت قضاء وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى فإن رجلا أن يرمى في الوقت فهو أولى ولا معنى لرمي غيره عنه لأنه يرجو أن يرمى بنفسه ووجه رواية ابن القاسم أن وقت الرمي هو لكل يوم في نفسه ولذلك يجب الدم على من أخره عنه فاذا يئس من أن يرمى بنفسه عن يومه استتاب في ذلك لما اتفقنا عليه من جواز الاستنابة وهذا كالوضوء والتيمم من يئس من إدراك الوقت المختار تيمم ولم يؤخر التيمم إلى وقت الضرورة (فرع) فإذا قلنا برواية ابن عبد الحكم فإنه يرجع في ذلك إلى ما ينظر بنفسه وماله قاله الشيخ أبو بكر قال وهو كالعادم للماء إنما يرجع في عدمه ووجوده إلى ما يغلب على ظنه (مسئلة) فإن لم يطوق المريض السير ولم يكن له من يحمله على رواية ابن القاسم أو ظن أنه لا يطيق الرمي في أيام التشريق فرمى عنه ثم صح في أيام التشريق فإنه يرمى لما مضى من الأيام ويهدى رواه ابن القاسم عن مالك وابن عبد الحكم عن مالك وهذا قول جماعة شيوخنا وروى ابن المواز عن أشهب في المريض يصح في أيام التشريق فيرمى ما رمى عنه لادم عليه وجه القول الأول قال الشيخ أبو بكر إنما وجب عليه لأنه قد يمكن أن يعتقد أنه لا يقدر على الرمي وهو لو تحامل لاستطاعه فلذلك وجب عليه الهدى وإن كان معذورا قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى فيه نظر

* وحدثني عن مالك أنه سأل عبد الرحمن ابن القاسم من أين كان القاسم يرمى جرة العقبة فقال من حيث تيسر * قال يحيى سئل مالك هل يرمى عن الصبي والمريض فقال نعم ويتحرى المريض حين يرمى عنه فيكبر وهو في منزله ويهريق دما فان صح المريض في أيام التشريق رمى الذي رمى عنه وأهدى وجوبا

لانه فيكون بحالة لا يشك هو ولا غيره في انه لا يطيق ذلك ومع ذلك فانه يجب عليه الهدى وانما يجب عليه الهدى وان يتيقن العذر لانه من ترك شيئا من سنن الحج لزمه الهدى سواء تيقن عذره أو لم يتيقن كان ذلك لعذر أو لغير عذر ترك المبيت بمزدلفة وهذا فيما ليس له مثل من الأركان التي لا يتم الحج الا بها وأما ما له مثل من الأركان كطواف الورد فانه يسقط للعذر ولا يجب بذلك دم ووجه قول أشهب ان الرمي له بدل وهو رمي غيره عنه وفي البدل نقص عن المبدل منه يجبر بالدم فاذا أدرك الرمي في أيام التشريق فباشره بنفسه فقد جبر نقص الرمي فسقط عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يرمى عن الصبي والمريض الا من قدر رمي عن نفسه فان لم يكن رمي أو لا عن نفسه فانه يبدأ أولا بالرمي عن نفسه بالجوار الثلاث ثم يبدأ بالرمي عن المريض من أول الجمار ورواه أشهب عن مالك ووجه ذلك ان التوالى مشروع في الرمي فلزمه أن يوالى عن نفسه ثم يوالى عن غيره (مسئلة) ومن رمي عن غيره فهل يقف عند الجمرتين روى ابن المواز عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله فقال لا يقف وقال يقف وجه القول الأول ان الوقوف عند الجمرتين انما هو للدعاء ولا يستتاب فيه كالصلاة ووجه القول الثاني ان الوقوف تتبع للرمي فجاز أن يستتاب فيه وان لم يستتاب في مثله اذا لم يكن تبعا كركعتي الطواف ص **قال مالك لا يرى على الذي يرمى اجمارا ويسعى بين الصفا والمروة وغير متوضي إعادة ولكن لا يعتمد ذلك** ش وهذا كما قال ان من سعى أو رمى الجمار على غير طهارة فانه يجزئه ولا إعادة عليه لان هذه قرب لا تعلق لها بالبيت فلم تكن الطهارة شرطاً في صحتها وانما تكون الطهارة شرطاً في صحة القرب التي لها تعلق بالبيت كالصلاة والطواف والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعائشة حين شكت اليه انها نفست افعلى ما يفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت فاباح لها فعل كل قرية من الحج لا تعلق لها بالبيت وفي ذلك السعي وأرى والوقوف بعرفة والمزدلفة

قال مالك لا يرى على الذي يرمى الجمار ويسعى بين الصفا والمروة وهو غير متوضي إعادة ولكن لا يعتمد ذلك * وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا ترمى الجمار في الايام الثلاثة حتي تزول الشمس

(فصل) وئوله ولكن لا يعتمد ذلك يقتضي انه يستحب الطهارة لفعل هذه القرب كلها وان لم تكن شرطاً في صحتها وذلك ان قرب الحج مبنية على ان الطهارة مشروعة في جميعها اما وجوباً واما استحباباً ولذلك شرع الغسل للأحرام ودخول مكة والوقوف بعرفة وان لم يكن شيء من ذلك كله واجبا بل يصح فعل هذه المعاني من غير طهارة فما كان من الأركان فالغسل له مشروع وما كان من غير الأركان فن حكمها أن يكون فاعلها على طهارة وان لم تكن الطهارة لها ص **قال مالك عن نافع** ان عبد الله بن عمر كان يقول لا ترمى الجمار في الايام الثلاثة حتي تزول الشمس **ش** قوله لا ترمى الجمار في الايام الثلاثة يريد أيام التشريق حتي تزول الشمس وقد روى القاضي أبو اسحق في المبسوط عن مالك وقال عنه فان رماها قبل الزوال فليعد الرمي زاد ابن حبيب عن مالك وهو كمن لم يرم والأصل في ذلك ما رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال رمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمرة يوم النحر ضحى وأما بعده فاذا زالت الشمس (مسئلة) ومن رمى الجمار بعد ان صلى الظهر فقد أخطأ ولا شيء عليه رواه ابن حبيب عن مالك وانما محل الرمي للجمار بعد الزوال وقبل الصلاة من جهة الوقت ومن جهة اربعة أمان من جهة الوقت فان رمى الجمار يجب أن يقدم بآثار الزوال وأما من جهة القياس فان تقديمها على الصلاة مشروع والأصل في ذلك من جهة المعنى ان الصلاة مشروعة في الجماعة بعد الزوال وشرع التأخير لها لأجل اجتماع الناس ورمى الجمار مشروع بعد الزوال ولم تشرع فيه جماعة فكانت المبادرة به أولى لانه لا وجه لتأخيرهم وتقديم العباد في أول أوقاتها مشروع

﴿ الرخصة في رمي الجمار ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
عن عبد الله بن أبي بكر
ابن حزم عن أبيه أن
أبا البداح بن عاصم
ابن عدي أخبره عن أبيه
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أرخص لرعاة
الابل في البيتوتة خارجين
عن منى يرمون يوم النحر
ثم يرمون الغد ومن بعد
الغد ليومين ثم يرمون
يوم النفر * وحدثني
عن مالك عن يحيى بن
سعيد عن عطاء بن أبي
ربيع أنه سمعه يذكر أنه
أرخص للرعاة أن يرموا
بالليل يقول في الزمان
الاول قال مالك تفسير
الحديث الذي أرخص
فيه رسول الله صلى الله
عليه وسلم لرعاة الابل
في تأخير رمي الجمار فيما
نرى والله أعلم أنهم
يرمون يوم النحر فإذا
مضى اليوم الذي يلي يوم
النحر رموا من الغد
وذلك يوم النفر الاول
فيرمون لليوم الذي مضى
ثم يرمون ليومهم ذلك
لأنه لا يقضى أحد شيئاً حتى
يجب عليه فإذا وجب عليه
ومضى كان القضاء بعد
ذلك فإن بدا لهم النفر
فقد فرغوا وإن أقاموا
إلى الغد رموا مع الناس
يوم النفر الآخر ونفروا

الأن تؤخر لمعتي يقتضى ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أول أداء الرمي لكل يوم من أيام
التشريق زوال الشمس منه وآخره غروب الشمس ووقت القضاء من غروب شمس إلى بقية أيام
التشريق الليل والنهار سواء في القضاء يبين ذلك ما روى عن مالك في رمي رعاة الابل الجمار أنهم
لا يرمون اليوم الذي يلي يوم النحر الا في اليوم الذي بعده قال لأنه لا يقضى شيء حتى يجب فإذا وجب
ومضى كان القضاء بعد ذلك والله أعلم

﴿ الرخصة في رمي الجمار ﴾

ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه أن أبا البداح بن عاصم بن عدي أخبره
عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لرعاة الابل في البيتوتة خارجين عن منى يرمون
يوم النحر ثم يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين ثم يرمون يوم النفر * مالك عن يحيى بن سعيد عن
عطاء بن أبي رباح أنه سمعه يذكر أنه أرخص للرعاة أن يرموا بالليل يقول في الزمان الاول قال مالك
تفسير الحديث الذي أرخص فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعاة الابل في تأخير رمي الجمار فيما نرى
والله أعلم أنهم يرمون يوم النحر فإذا مضى ليوم الذي يلي يوم النحر رموا من الغد وذلك يوم النفر
الاول فيرمون اليوم الذي مضى ثم يرمون ليومهم ذلك لأنه لا يقضى أحد شيئاً حتى يجب عليه فإذا
وجب عليه ومضى كان القضاء بعد ذلك فان بدا لهم النفر فقد فرغوا وإن أقاموا إلى الغد رموا مع
الناس يوم النفر الآخر ونفروا * ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لرعاة الابل
في البيتوتة خارجين عن منى يقتضى ان هناك منع خص هذا منه لان لفظة الرخصة لا تستعمل الا فيما
يخص من المحذور للعذر وذلك ان لرعاة عذرا في البكون مع الظهر الذي لا بد من مراعاته والرمي
به للحاجة إلى الظهر في الانصراف إلى بعيد البلاد وقد قال تعالى ونحمل أثقالكم إلى بلدكم تكونوا
بأغية الابشق الأنفس فأبيح لهم ذلك لهذا المعنى

(فصل) وقوله يرمون يوم النحر يريد جرة العقبة ثم يغيبون عن منى على ما فسر مالك أول أيام
التشريق وهو الذي يلي يوم النحر فإذا كان اليوم الثاني من أيام التشريق وهو اليوم الذي يتعجل
فيه النفر من يريد التعجيل أرخص يجوز له التعجيل رموا عن اليومين بدؤا برمي ما عليهم من الرمي
لليوم الاول من أيام التشريق فقصوه وانما رموا في اليوم الثاني عن اليوم الاول ولم يرموا في اليوم
الاول عنهما لما قاله مالك رحمه الله من أنه لا يقضى شيئاً قبل وجوبه وانما يقضى بعد وجوبه وخروج
وقته ولذلك لا يرمى في اليوم الثاني عن الثالث فلو رمي في أول يوم لما جازله أن يرمى الا عن يومه ذلك
خاصة دون اليوم الثاني وكان يلزمه أن يأتي في اليوم الثاني فيرمي عنه فتلحقه مشقة التكرار ووضيع
الظهر فأبيح له التأخير إلى اليوم الثاني فيكون قد وجب عليه رمي اليوم الاول قضاء ورمي اليوم
الثاني أداء

(فصل) وقوله يرمون يوم النحر أخبر أن رميهم يوم النحر لا يتعلق به رخصة ولا يغير عن وقته ولا
إضافته إلى غيره ثم يرمون الغد يريدانه يرمي لليومين فقال يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين قد كرر
الأيام التي يرمى لها وهي الغد من يوم النحر وبعد الغد وهما أول أيام التشريق وثانيهما ولم يذكر وقت
الرمي وانما يرمى لها في اليوم الثاني من أيام التشريق بعد الزوال ولذلك جمع بينهما في اللفظ فقال
ليومين وقد فسر ذلك مالك على ما تقدم ذكره

(فصل) وقوله ثم رمون يوم النفر يحتمل وجهين أحدهما أن يريدانهم رمون ليومين رمون
للأول ثم رمون يوم النفر وهو يوم رميهم لانه يوم النفر الأول فيكون قوله ثم رمون يوم النفر تفسيراً
لأحد اليومين اللذين رمى لهما واستغنى عن ذكر الأول بقوله رمون ليومين ثم بين اليوم الثاني
منهما فعلم بذلك اليوم الأول وعلى هذا يكون يوم النفر المذكور في الحديث يوم النفر الأول لمن
أراد أن يتعجل ويكون فائدة قوله ثم رمون ليوم النفر انه لا يجوز أن رمى لليوم الثاني حتى يكمل
رمي اليوم الأول والوجه الثاني أن يريد بقوله رمون الغد وبعد الغد ليومين أن يبين بهذا كلامه
ثم استأنف بقوله ثم رمون يوم النفر لمن لم يرد التعجيل فالمراد بقوله يوم النفر الثاني وهو الثالث
من أيام التشريق فعلى هذا فسر مالك الحديث ومن أراد التعجيل فانه اذا رمى في اليوم الثاني عن
اليوم الأول والثاني تعجل وأجزأه ذلك

(فصل) وقوله وفي حديث عطاء أرخص للرعاة في الرمي بالليل انما أيسح لهم ذلك لانه أرفق بهم
وأحوط فيما يحاولونه من رمي الأبل لان الليل وقت لا ترمى فيه الأبل ولا تنتشر فيرمون في ذلك الوقت
وقال ابن المواز ان رعايا النهار ورعايا الليل فلا بأس به ويحتمل أيضاً أن يرموا على هذا في كل ليلة
لاستغنائهم في ذلك الوقت عن حفظ الأبل على وجه الرعي ويحتمل ان كان في ذلك عليهم مشقة
أن يكون رميهم بالليل على حكم رميهم بالنهار من الجمع والله أعلم

(فصل) وقوله في الزمن الأول يقتضى اطلاقه من النبي صلى الله عليه وسلم لانه أول زمان هذه
الشرعية فعلى هذا هو مرسل ويحتمل أن يريد به أول زمن أدركه عطاء فيكون موقفاً متصلاً
والله أعلم ص * مالك عن أبي بكر بن نافع عن أبيه ان ابنة أخ لصفية بنت أبي عبيد نفست بالمزدلفة
فتخلفت هي وصفية حتى أتيا منى بعد أن غربت الشمس من يوم النحر فأمرهما عبد الله بن عمر أن
يرميا الجرة حين أتيا ولم ير عليهما شيئاً * ش قوله ان صفية وبنت أخيها تخلفت لما ذكره من
نفاس بنت أخيها فأتيا منى بعد غروب الشمس من يوم النحر أو بعد أن فاتهما الرمي وفي هذا أن
الأغلب أن مقام صفية مع ابنة أخيها كان يعلم عبد الله بن عمر والذي لا ريب فيه انه علم بذلك بعد
مجيئها وقد سئل عن حكمهما فلم ينكر المقام على صفية مع ابنة أخيها وان كان العذر مختصاً بابنة
أخيها ومنها ولا يبعد أن يكون مثل هذا ما حال من خيف عليه الضياع والهلاك في الانفراد بمثل هذه
الحال أن يقيم مع من يخاف عليه الهلاك بانفراده وترجى نجاته وصلاحه حاله بالمقام معه ويجرى ذلك
مجري جواز التيمم لمن لامأ معه وخاف على غيره الهلاك من العطش ويعطيه اياه فيصبيه به

(فصل) وقوله فأمرهما عبد الله بن عمر أن يرميا الجرة حين أتيا يريدانهما قد أدركتا وقت
قضاء الرمي وان لم يدركا وقت أداء الرمي فأمرهما بقضاء الرمي وأول وقت أداء رمي جرة العقبة طلوع
الفجر من يوم النحر وآخره وقت مغيب الشفق من ذلك اليوم وأول وقت القضاء آخر أيام التشريق
وقوله أن يرميا حين أتيا دليل على جواز الرمي بالليل وقد تقدم أن الليل والنهار سواء في قضاء الرمي
والدليل على ذلك أنه من أفعال الحج فجاز فعله بالليل كالطواف والسعي والوقوف

(فصل) وقوله ولم ير عليهما شيئاً يقتضى انه لم ير عليهما دماً ولا غيره وقد قال مالك في المبسوط وأما
أنافأرى على كل من كان في مثل حال صفية يوم النحر ولم يرم حتى غابت الشمس الدم ووجه ذلك
أن من فاتته الاداء لزمه الرمي والهدى كالذي يمرض فلا يقدر على الرمي في وقت الاداء ويرى آخر
أيام التشريق وقد تقدم ذكر الخلاف فيه (مسألة) اذا ثبت ذلك فن ترك جرة العقبة فقد كرها

* وحدثنى عن مالك عن
أبي بكر بن نافع عن أبيه
ان ابنة أخ لصفية بنت أبي
عبيد نفست بالمزدلفة
فتخلفت هي وصفية حتى
أتيا منى بعد أن غربت
الشمس من يوم النحر
فأمرهما عبد الله بن عمر
أن يرميا الجرة حين أتيا
ولم ير عليهما شيئاً

ورما قبل غروب الشمس من يوم النحر فلا شيء عليه وان رماها بعد غروب الشمس متى كان في أيام التشريق أو لياليه فعليه الدم قاله مالك ووجه ذلك انه اذا أدرك وقت الاداء فلا شيء عليه واذا فاتته وقت الاداء لم يمه الهدي على كل حال فان أدرك وقت القضاء قضى وان فاتته لم يقض ولزمه الدم في الوجهين (فرع) واذا لم يرمها حتى تنقضي أيام التشريق فهل يفسد حجه أم لا قال مالك لا يفسد حجه وعليه ما تقدم ذكره من الهدي وقاله جمهور أصحاب مالك وقال عبد الملك بن الماجشون يبطل حجه وعليه الحج قابلا والهدي وجه قول مالك انه من أفعال الحج فلا يختص بيوم عرفة فلم يفت الحج بفواته في وقت كسائر الرمي ووجه آخر ان من أمن فوات الحج لم يطرأ عليه ما يفسده أصل ذلك من رمي ووجه آخر ان كل فعل بعد الوقوف بعرفة لا يبطل الحج بتأخيره كطواف الافاضة ووجه قول عبد الملك انه معنى لو جامع قبله فسد حجه فاذا فاتته وجب أن يفوته حجه كالوقوف بعرفة والتحلل عند ابن الماجشون انما يقع بالفعل لا بمضي الوقت (مسألة) ومن ترك حصة منها فلا يخلو أن يتركها قبل مغيب الشمس أو بعد ذلك فان ذكرها قبل مغيب الشمس رمى تلك الحصة وحدها وليس عليه أن يستأنف رمي غيرها ووجه ذلك انه قدر رمي جميعها في وقت الاداء وليس من شرطها الموالاة وان كان مشروعا فيها ومستعبا الا أن رمى ما قدر رمي منها في وقتها المختار أفضل من تأخيره الى الوقت الذي فيه ذكر الحصة المنسية على وجه الجمع معها (مسألة) فان ذكرها بعد مغيب الشمس ففي المبسوط عن مالك فممن ترك من جرة العقبة حصة أو حصتين حتى غابت الشمس انه يرمى ما تركه ولا يعيد ما رمى وفي الموازية عن ابن القاسم فممن ذكر حصة من جرة العقبة يوم النحر فذكر ذلك من الغداة يعيد الرمي ثانية ويهريق دما ووجه رواية المبسوط ان هذا قد ذكر نقص الجرة في وقت رمي فيه فكان عليه أن يرمى ما ذكر دون ما رمى أصل ذلك اذا ذكرها في يوم ويحتمل هذا وجهين أحدهما أن يرى ان وقت الاداء الى طلوع الفجر من ثاني يوم النحر والوجه الثاني أن يعتقد ان وقت الاداء الى غروب الشمس من يوم النحر لكنه لا يعيد ما رمى منه للموالاة بعد انقطاع الموالاة في وقت اداء ولا وقت قضاء ووجه رواية الموازية ان الرمي في يوم النحر اداء والرمي بعد ذلك قضاء ولا تعتبر الموالاة بين القضاء والاداء وان اعتبر بين الاداء المفرد والقضاء المفرد بالآخر وان لفق الاداء بعضها ببعض والقضاء كذلك ص ✖ شل مالك عن نسي رمي جرة من الجمار في بعض أيام منى حتى يمسي قال ليرم أى ساعة ذكر من ليل أو نهار كما يصلى الصلاة اذ انسيها ثم ذكرها ليل أو نهار فان كان ذلك بعد ما صدر وهو بمكة أو بعد ما يخرج منها فله الهدي واجب ✖ ش وهذا كما قال ابن من نسي رمي جرة من الجمار في بعض أيام التشريق حتى يفوته وقت الاداء بمغيب الشمس من يوم تلك الجرة فانه يقضيها مادام في وقت القضاء وقد ينأى عن الوقت فيما تقدم وفي هذا خمسة أبواب أحدها فمن نسي رمي حصة من الجمار والباب الثاني فمن نسي جرة كاملة والباب الثالث فمن نسي رمي جمار يوم والباب الرابع فمن نسي الرمي كله والباب الخامس في صفة الرمي (الباب الأول في من نسي رمي حصة من الجمار)

قال يحيى شل مالك عن نسي
جرة من الجمار في بعض
أيام منى حتى يمسي قال
ليرم أى ساعة ذكر من
ليل أو نهار كما يصلى
الصلاة اذ انسيها ثم ذكرها
ليلا أو نهارا فان كان
ذلك بعد ما صدر وهو بمكة
أو بعد ما يخرج منها فعليه
الهدي واجب

ومن نسي رمي حصة من جمار أيام التشريق فاخرها عن موضعها وذكورها بعد أن رمى غيرها من الجمار وقبل أن تغيب الشمس من يومه ذلك فالمشهور من المذهب انه يرمى تلك الحصة وحدها ثم يرمى ما رمى بعدها من الجمار وذلك سبني على فصلين أحدهما أن الترتيب في الجمار واجب فلا يجوز أن يشرع في رمي جرة حتى يكمل رمي جرة أخرى كركعات الصلاة لا ينتقل لركعة حتى يكمل عمل

الركعة التي قبلها والفصل الثاني ان الموالاة ليست بشرط في صحة الرمي واذا كان الرمي كله في وقت الاداء أجزأ أو يقتضى قول ابن كنانة في المدينة قولاً ثانياً يستأنف رمي الجمرة التي نسي الحصة منها بسبع حصيات وذلك يقتضى فصلين أحدهما أن الترتيب الذي ذكرناه والموالاة شرط في صحتها فيحصل الخلاف بين هذين القولين في الموالاة فعلى القول الأول ليس بشرط في صحة الرمي وعلى قول ابن كنانة هو شرط في صحتها (مسئلة) واذا ذكر ذلك من الغد فانه يرميها ثم يعيد رمي ما رمى بعدها من يومها ثم يرمي لليوم الذي ذكرها فيه ان كان قد رماها وذلك مبني على فصلين أحدهما ان اليوم الثاني وقت لقضاء رمي اليوم الأول والثاني ان الترتيب بين رمي اليوم الأول وبين رمي اليوم الثاني واجب لم يفت وقت أداء الرمي لليوم الثاني (فرع) وهل يرمي الحصة التي نسيها من الجمرة خاصة أو يتبدى رمي تلك الجمرة بسبع ففي كتاب ابن المواز عن أشهب يستأنف رميها بسبع حصيات وفي غير الموازية عن ابن القاسم يرمي الحصة التي نسي خاصة وفي المدينة عن ابن القاسم ان ذكرها من يومه رمي تلك الحصة خاصة وما بعدها وان ذكرها من الغد استأنف رمي تلك الجمرة بسبع ورماها بعدها ووجه قوله بافراد الحصة انه اذا كررها بعد ان انفصل من غيرها فلم يكن عليه الارميا وهذا مبني على أن التفريق للنسيان لا يمنع صحتها ولا فضيلتها وان منع من فضيلتها فانه امر لا يستدرك الا بعد الانفصال من رمي الجمار لان ما فات من فضيلة أول الوقت أعظم ووجه قولنا يرمي الجمرة كلها ان هذا قضاء لهذه الحصة فوجب أن يكون جميع الجمرة يشملها ذلك وليس كذلك اذا ذكرها من يومه فانه يفرد بها بالرمي لان ذلك أداء لجميعها ولورمي الحصة خاصة من الغد كان مؤديا لبعض الجمرة قاضيا لبعضها وذلك لا يجوز لانه لا يجوز أن يختلف حكمها (مسئلة) فان ذكرها بعد أن غابت الشمس من اليوم الثاني فانه يرمي تلك الحصة أو يرمي الجمرة كلها بسبع على الاختلاف في ذلك ثم يرمي ما رمى بعدها من يومها ولا يعيد رمي جارا اليوم الثالث ان كان قد رماها وذلك مبني على فصول أحدها أن قضاء يوم لا يتبعه وانما اذا وجب قضاء بعضه وجب قضاء جميعه والثاني ان وقت الترتيب بين ما وجب قضاء وبين ما رمى بعده يفوت بفوات وقت أداء الرمي الذي بعده والثالث أنه لا يفوت الترتيب بين الرمي لليوم الأول واليوم الثالث اذ ابقى وقت أدائه وان فات الترتيب بين الرمي لليوم الأول واليوم الثاني فحصل للرمي ثلاثة أوقات أحدها وقت أداء الرمي وهو من وقت رمي تلك الجمرة الى انقضاء ذلك اليوم والثاني وقت قضائه وهو من أول وقت الرمي لليوم من أيام التشريق الى انقضاء أيام التشريق والوقت الثالث وقت استدراك فضيلة الترتيب وهو وقت أداء الرمي لليوم الذي يعاد للترتيب (مسئلة) ومن ذكر الحصة بعد أن غابت الشمس من آخر أيام التشريق فليس عليه قضاؤها وهل عليه دم أو لا لا يخلاو أن يذكر ذلك في يومه أو بعد ان تغيب الشمس فيه ولكنه في أيام التشريق أو بعد ان تغيب الشمس من آخر أيام التشريق ويعبر عن ذلك بأنه لا يخلاو أن يذكر الحصة في وقت الأداء أو في وقت القضاء أو بعد فوات وقت القضاء فان ذكر ذلك في وقت الأداء فقد روى ابن القاسم عن مالك لا هدى عليه ولم أر في هذه المسئلة خلافا لهذا القول (مسئلة) وان ذكرها في وقت القضاء فقد قال ابن القاسم عليه هدى وفي المدينة عنه أنه ان ذكرها في وقت الأداء رماها بسبع ولم يذكرها فيها وقال بالتردد ان كان أصاب النساء فعليه هدى ويحتمل أن يكون قولاً ثانياً وجه القول الأول أنه قد فات الرمي في وقت الأداء فلزمه الدم لنقص القضاء ووجه القول الثاني أنه قد رمى الجمرة فلم يلزمه دم كالمورماها في وقت

الأداء (مسئلة) واذا ذكرها بعد فوات القضاء فعليه الدم ولا نعلم في ذلك خلافا ووجهه أنه قد فاته الرمي فعليه الدم

﴿ الباب الثاني في من نسي جرة كاملة ﴾

من نسي جرة كاملة قد ذكرها في يومه بعد أن رمى غيرها فانه يرميها ويعيد ما بعدها ولا شيء عليه وان ذكرها في وقت القضاء فانه يرميها ويرمي ما بعدها مما يدرك وقت أدائه وان ذكرها بعد فوات وقت القضاء فلا رمي عليه وعليه الدم ذلك يتخرج على ما تقدم ان ذكرها في وقت أداء الجرة المنسية فلا خلاف أن الدم لا يجب عليه وان ذكرها بعد فوات القضاء فلا خلاف أن الدم عليه وان ذكرها في وقت قضائها في وجوب الدم عليه وإيتان على ما نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

﴿ الباب الثالث في من نسي رمي جمار يوم ﴾

من نسي رمي يوم كامل من أيام التشريق فذكره في وقت الأداء فانه يرميه على رتبته وسنته فان ذكر ذلك في وقت القضاء رماه على رتبته ثم أعاد رمي ما كان رمي قبله في الايام وبعده مما أدرك وقت أدائه واختلف قول مالك في وجوب الهدى عليه على حسب ما تقدم

﴿ الباب الرابع في من نسي الجمار كلها ﴾

وأما من نسي الجمار كلها في أيام منى فذكر ذلك في آخر أيام التشريق بعد الزوال فانه يرمي لليوم الاول على سنته ثم يرمي لليوم الثاني على السنة ثم يرمي لليوم الثالث على سنته رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ووجه ذلك ما يلزم من الترتيب في حال الأداء فكذلك في حال القضاء كالصلاة ما يلزم فيها من الترتيب في حال الأداء لزم مثله في حال القضاء وسواء ذكر ذلك بعد ان نفر من منى أو قبل ذلك اذا ذكر ذلك قبل أن تغيب الشمس من آخر أيام التشريق (مسئلة) فان ذكر ذلك بعد انقضاء أيام منى بغيب الشمس من آخرها فقد فاته الرمي ولا سبيل له اليه وهل عليه الدم ان ذكر ذلك في آخر أيام منى ورمى في وقت القضاء اختلف قول مالك فيه فرة قال عليه الدم ومرة قال لادم عليه وقال ابن حبيب ان رمي قبل الصدر فلا دم عليه وان ذكر بعد النفر فعاد فرمى في وقت القضاء فعليه الدم وقال ابن وهب ان تعدد فعله الهدى وان نسي فلا هدى عليه إلا أن يفوته الرمي ووجه قولنا بوجوب الدم عليه ما تقدم من ادخاله النقص على الرمي بتأخير عن وقت الأداء الى وقت القضاء ووجه القول بنفي ذلك جملته ما تقدم من أنه قد رمى في وقت الرمي فلم يجب عليه دم كما لو رمى في وقت الأداء ووجه التفريق بين ما قبل النفر وما بعده أن من نفر عن منى فقد نوى اطراح الرمي وجميع مناسك منى اما متعمدا واما ناسيا معتقدا أنه لا يلزمه شيء منها ومن كان مقبلا بمنى لم ينفر بعد فانه ياق على حكم أدائها وقضائها فلم يكن عليه دم اذا استدرك فعل شيء منها ووجه القول الثاني أن المتعمد ثم يتعمده ترك نسك من المناسك والناسي معذور والقولان المتقدمان لمالك آخرى على طريق النظر والله أعلم

﴿ الباب الخامس في صفة الرمي ﴾

أما الرمي فصفته أن يرمي الجمرتين الاولين من أعلاهما ويرمي جرة العقبة من أسفلها وقد تقدم ذكر ذلك ولا يرميها مجتمعين بل يرمي كل جرة متفرقة فان فعل لم يجزه وعليه ان يرمي بست حصيات ويعتد بمارمي من السبع الاول بحصاة واحدة قاله مالك ووجه ذلك أن الاعتبار بعدد الرمي وبعدد الحصى فاذا أدخل بعدد الرمي لم يعتد من الحصى الا بقدر عدد الرمي (مسئلة) ولا يجزئه أن

يضع الحصى وضعا قاله ابن القاسم في المدونة وكذلك لا يطرحه طر حافان فعل لم يجزئه ولكن يرميه رميا ووجه ذلك أن الشرع انما ورد في ذلك بالرمي وهو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله على الوجوب (مسئلة) فاذا قلنا انه يرميها في سبع مرات فعليه أن يوالي ذلك ولا ينتظر بين كل حصتين لأن الموالاة مشروعة فيها

(فصل) وقوله ليرم أي ساعة ذكر من ليل أو نهار يريد أنه لا يؤخر رميها عن وقت ذكرها لأنها عبادة فعل يتعلق بوقت فاذا فات وقت أدائها لم تعجيل قضائه كصلاة الفرض ولذلك احتج مالك على تعجيل قضائها أي وقت ذكر ذلك من ليل أو نهار بما يلزم تعجيل الصلاة متى ذكرها من نسيها من ليل أو نهار

(فصل) وقوله فان كان ذلك بعد ما صدر وهو بمكة أو بعد ما يخرج منها فعليه الهدى يريد بعد ما صدر من منى وذلك يكون على وجهين الاول أن يفوت وقت الرمي بنسيب الشمس من آخر أيام التشريق والثاني مثل أن يفوت وقت الرمي فان كان ذلك بعد ان فات وقت الرمي فاما عليه الهدى لما فاتته من الرمي وان كان لم يفوت وقت الرمي فعليه أن يرجع فيرمي ما بقي عليه من الرمي وقد تقدم من قول ابن حبيب أن عليه الدم لأنه رمى بعد النفر وقول مالك يحقل الوجهين أحدهما أن يريد بيان وجوب الهدى على من نقر قبل أن يرمي سواء رجع له فيما ترك أو لم يرجع ولذلك لم يذكروا الفوات ولا الرجوع والادراك والثاني أن يريد بذلك ان من صدر وفاته الرمي لفوات وقت القضاء ان عليه الهدى وان من لم يفقه ذلك فلا هدى عليه والله أعلم وأحكم

﴿الافاضة﴾

ص ﴿مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب خطب الناس بعرفة وعلمهم أمر الحج وقال لهم فيما قال اذا جئتم منى فخرم رمي الجرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب لا يمس أحد نساء ولا طيبا حتى يطوف بالبيت﴾ ش قوله خطب الناس بعرفة يريد يوم عرفة وخطبته ليست للصلاة وانما هي لتعليم الحاج ولذلك قل وعلمهم أمر الحج يريد انه علمهم من أحكامه ما يستقبلونه من المبيت بالمزدلفة وجمع المغرب والعشاء بها والوقوف بها بعد طلوع الفجر والدفع منها الى منى ورمي جرة العقبة يوم النحر ثم الذبح والنحر ثم الحلاق ثم طواف الافاضة لمن أراد تعجيله أو تأخيرته ثم المبيت بمنى ورمي الجمار أيام التشريق وحكم التعجيل والتأخير والنفر والتعصيب

(فصل) وقوله رضى الله عنه اذا جئتم منى فخرم رمي الجرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب يريد ان أول التحلل رمي جرة العقبة فمن رماها استحل بها الفناء التفث ولبس الثياب وغير ذلك من محظورات الاحرام الا النساء والطيب فاما النساء فلا خلاف في بقاء تحريمهن حتى يطوف طواف الافاضة (مسئلة) وأما الطيب فاختلف العلماء في إباحته فمنع من ذلك مالك وأجازة غيره وقد تقدم ذكره (مسئلة) فاذا ثبت منعه فمن تطيب فلا فدية عليه عند مالك لانه قد وجد منه بعض التحلل برمى جرة العقبة ولانه مما اختلف العلماء في إباحته وبذلك فارق اصابة النساء فانه متفق على المنع منه (مسئلة) ولم يذكروا عمر بن الخطاب رضى الله عنه بمنى تحريم الصيد وذلك أن المقيم بها مقيم بالحرم والصيد ممنوع فيه للحلال فلا يستبيحه لطواف الافاضة ولا غيره وانما تكلم

﴿الافاضة﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب خطب الناس بعرفة وعلمهم أمر الحج وقال لهم فيما قال اذا جئتم منى فخرم رمي الجرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب لا يمس أحد نساء ولا طيبا حتى يطوف بالبيت

وحدثني عن مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر (٥٧) أن عمر بن الخطاب قال من رمى

الجمرة ثم حلق أو قصر ونحر هديا إن كان معه فقد حل له ما حرم عليه إلا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت

﴿ دخول الحائض مكة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن عبد الرحمن بن

القاسم عن أبيه عن

عائشة أم المؤمنين

أنها قالت خرجنا مع رسول

الله صلى الله عليه وسلم عام

حجة الوداع فأهلنا بعمرة

ثم قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم من كان معه هدى

فليهل بالحج مع العمرة

ثم لا يحل حتى يحل منه

جميعا قالت فقدمت مكة

وأنا حائض فلم أطف بالبيت

ولا بين الصفا والمروة

فشكوت ذلك إلى رسول

الله صلى الله عليه وسلم فقال

انقضى رأسك وامتشطى

وأهلى بالحج ودعى العمرة

قالت ففعلت فلما قضينا

الحج أرسلني رسول الله

صلى الله عليه وسلم مع عبد

الرحمن بن أبي بكر الصديق

إلى التنعيم فاعتمررت فقال

هذا مكان عمرتك فطاف

الذين أهلوا بالعمرة

بالبيت وبين الصفا والمروة

ثم حلوا منها ثم طافوا طوافا

على ما يستباح بطواف الأفاضة ويمنع منه الأحرام خاصة دون حرمة الحرم ولا خلاف على المذهب أن الصيد ممنوع في ذلك الوقت في الحل ولو أصاب الصيد في الحل قبل طواف الأفاضة كان عليه جزاؤه وقد قال به ابن القاسم ص * مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر ابن الخطاب قال من رمى الجمرة ثم حلق رأسه أو قصر ونحر هديا إن كان معه فقد حل له ما حرم عليه إلا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت * ش قوله من رمى الجمرة يريد جمرة العقبة يوم النحر ثم حلق رأسه وقصر ونحر هديا إن كان معه قدم الحلاق في اللفظ على النحر والنحر مقدم في الرتبة غير أن الواو لا تقتضي رتبة فأعلمنا أن إضافة النحر والحلاق إلى الرمي لا يبيح النساء ولا الطيب وما يبيح ذلك طواف الأفاضة لأنه نهاية التحلل من الأحرام

﴿ دخول الحائض مكة ﴾

ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهلنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منها جميعا قالت فقدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انقضى رأسك وامتشطى وأهلى بالحج ودعى العمرة قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق إلى التنعيم فاعتمررت فقال هذا مكان عمرتك فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا منها ثم طافوا طوافا آخر بعد أن دفعوا من منى لحجهم وأما الذين كانوا أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فأنما طافوا طوافا واحدا عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة بنت ذلك * ش قولها فأهلنا بعمرة يحتمل أن تريد بذلك أن واج النبي صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن تريد من كان معها أو طائفة أشارت إليهم ولا يصح أن تريد جماعة صحاب النبي صلى الله عليه وسلم لأنها قد ذكرت أن منهم من أهل بعمرة ومنهم من جمع بين العمرة والحج

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم من كان معه فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منها يحفل وجهين أحدهما أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك عند الإهلال بالأحرام والدخول فيه فقال من كان معه هدى فلا عليه أن يقرن إن شاء ذلك ليبين جواز القران ويكون معنى من كان معه هدى أحد وجهين أحدهما من كان معه الآن وهو يريد أن يقلده ويشعره فليقلده ويشعره إذا أحرمت بحجته لأن ذلك وقت وجوبه عليه والوجه الثاني من وجدته وأمكنه أن يهديه ويكون فائدة ذلك الحظ على الحج من ذلك العام لمن كان معه الهدى ولعله علم من هذه صفة أو من بعضهم العزم على ترك الحج والاقتصار على فعل العمرة لاجل الهدى فخص من نحر الهدى على أن يقرن فيصح في عامه ذلك مع ما فيه من جواز القران والمعنى الثاني أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك بعد الأحرام بالعمرة وبعد تقليد الهدى وأشعاره على أن ينحر بمنى في حجته وأن يحل من عمرته عند وصوله إلى مكة ثم يبق حلالا وهدية مقلدا مشعرا حتى يحرم بالحج يوم التروية ثم ينحر

(٨ - متفق - لث) آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم وأما الذين كانوا أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة

فأنما طافوا طوافا واحدا * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة بنت ذلك

هديه بمنى يوم النحر فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يردفوا الحج على العمرة ويعودوا قارنين ومعنى ذلك المنع لهم من التحلل مع بقاء الهدى وذلك ممنوع لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حنصة المتقدم اني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أتبحر ويقتضى ذلك أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك الى هذا الوجه في وقت يمكن فيه ارداف الحج على العمرة

(فصل) وتوله ثم لا يحل حتى يحل منه ما يحتمل أن ينص على المنع من ذلك لانه لا يبيح التحلل من العمرة مع البقاء على حكم الاحرام بالحج فنص من الخلاف للعمرة والتحلل منها بشئ حتى يحل الحل كله عند التحلل من الحج ويحتمل أن ينص على المنع من التحلل لاستناد ذلك بالمنع من التحلل مع بقاء الهدى على تقليده ويحتمل أن يكون نص على ذلك ليعلمهم معنى القران وحكمه انه لا يتحلل من العمرة وان أتى القارن بالعمل الذي يخصها ولم يبق من العمرة الا ما يخص الحج فانه باق على حكم القران وان ما يبق عليه من الاحرام ثابت في حق العمرة كما هو ثابت في حق الحج حتى يكمل الحج فيكون التحلل منهما

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها تقدمت مكة وأنا عائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة وذلك ان الطواف ممنوع في حق الحائض لان من شرطه الطهارة لانه عبادة مختصة بالبيت كالصلاة والسعي بين الصفا والمروة مرتب على الطواف بالبيت لا يصح الا بعده فن لم يصح طوافه لم يسع بين الصفا والمروة وان كان السعي بينهما ليس من شرطه الطهارة ولو أن امرأة دخلت طاهرا فطافت بالبيت وصلت الركعتين ثم حاضت لجاز لها أن تسعي بين الصفا والمروة وان كان الأفضل السعي بينهما على طهارة وقد تقدم من قول مالك انه لا إعادة على من سعى على غير طهارة

(فصل) وقولها فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتضى انها لم تكن سباقت هديا ولا كانت ممن أمن أن يردف الحج على العمرة وانما كانت ممن يسوغ له التماضي على التمتع بالعمرة الى الحج فكان من حكمها اذا دخلت مكة أن تطوف بالبيت وتسعي بين الصفا والمروة ثم تحل من عمرتها ثم تستأنف بالحج فلم يمكنها اتمام عمرتها لتعذر الطواف والسعي عليهما من أجل حيضها فشكبت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انقضي شعرك وامتشطي يحتمل والله أعلم انه أباح لها في ذلك لاذى أدركها من طول احرامها وتماضي الشفت عليها وكثرة هوام أو غير ذلك مما أباح لها به الا امتشاط ونقض رأسها لما كان في ذلك من ازالة الأذى عنها لان الجلاق تمتنع عليها وهذا كما أمر كعب بن عجرة بالخلاق اذا ذاه هو امه لان كعب بن عجرة ممن حكمه الجلاق ولم يأمرها بالتقصير لان التقصير ليس فيه اماطة أذى والخلاق فيه اماطة أذى وانما أمرها بالامتشاط ونقض شعرها لما فيه من اماطة الأذى

(فصل) وقوله وأهلي بالحج ودعى العمرة يريد صلى الله عليه وسلم أن تردف الحج على عمرتها التي قد أحرمت بها ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ودعى العمرة دعى العمل بها على ما اقتضاه احرامها بما بين افرادها ويحتمل أن يريد بذلك دعى الطواف والسعي للعمرة اذا تعذر ذلك عليها بالحوض حتى تطوف وتسعي للحج والعمرة طوافا واحدا وسعيا واحدا

(فصل) وقولها فلما قضيت الحج ذكرت قضاء الحج لانه أتم ما يفعل من التيسكين بسلك الحج لأن

الطواف والسعي يشتركان فيهما النسكان وما بعد ذلك من الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والمبيت بمنى وهو مما يختص بالحج وهو آخر ما يفعل من النسك لمن عجل الافاضة فلذلك نصت على قضاء الحج

(فصل) وقولها أرسلني مع عبد الرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعتمررت يقتضي ان الاحرام بالعمرة انما يكون من الحل لان النسك يقتضي الجمع بين الحل والحرم وعمل العمرة كله في الحرم فلا بد من الاحرام من الحل والتنعيم أقرب الحل الى البيت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مكان عمرتك يحتمل أن يريد به انها عمرة مفردة بالعمل مكان عمرتك الاولى التي أرادت أن تفرد بها بالعمل فلم تكملها على ذلك ودخلت في عمل حج للعدرا المانع من اتمامها على الوجه الذي أحرمت بها عليه

(فصل) وقولها فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا ترديدانهم طافوا عند ورودهم للعمرة وسعوا لها ثم حلوا لما كمل على عمرتهم ثم قالت ثم طافوا طوافا آخر بعد ان دفعوا من منى لحجهم وذلك انهم أحرموا بالحج من مكة فتأخر طوافهم وسعيهم بعد الوقوف بعرفة وهذا حكم من أحرم بالحج من مكة أن يتأخر طوافه وسعيه لحجه حتى يعود من منى لان الطواف الذي هو ركن من أركان الحج هو طواف الافاضة وأما طواف الورد فاذا لم يكن ورود سقط وبقى الطواف الذي هو ركن من أركان الحج وهو بعد رمي جرة العقبة

(فصل) وقولها وأما الذين أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا ترديدانهم وأعلم أحد وجهين أما انهم لم يطوفوا غير طواف واحد للورد وطواف واحد للافاضة ان كانوا قرئوا قبل دخول مكة وان كانوا أردفوا لم يطوفوا غير طواف واحد وهو طواف الافاضة ويحتمل أن يريد بذلك انهم سعوا لها سعيها واحدا والسعي يسمى طوافا والوجه الثاني ان طوافهم كان على صفة واحدة لم يزد القارن فيه على طواف المفرد وذلك ان القارن لم يفرد العمرة بطواف وسعي بل طافا لهما كما طاف المفرد للحج وهذا نص في صحة ما ذهب اليه مالك ومن وافقه في ان حكم القارن في ذلك حكم المفرد وقد فعلوا ذلك مع النبي صلى الله عليه وسلم ولا يمكن أن يخفى عليه فعل جماعة أصحابه وقد علمته عائشة من وراء حجاب ولا يمكن أن يتفق جميعهم وتعليمه وتبيينه في أن لا يعلم واحد منهم هذا الحكم في ذلك الموضع الذي انما خرج اليه لاثبات ذلك الحكم وتبيينه وتعليمه ولذلك قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم

(فصل) وهؤلاء الذين جمعوا الحج والعمرة لا يخلو أن يكونوا أهلوا بهما جميعا وأردفوا الحج على العمرة إذا مرهم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فان كانوا من أهل بهما فقد طافوا لهما طواف الورد وسعوا بأثره ثم طافوا لهما بعد ذلك طواف الافاضة ولم يسعوا بعده وأما من أردف الحج على العمرة فان كان أردفه قبل الوصول الى مكة فحكمه حكم من أهل بهما وقد تقدم الكلام فيه وأما من أردف بعد الوصول الى مكة وقبل التلبس بالطواف فانه لا يطوف بالبيت ولا يسعى بين الصفا والمروة حتى يرجع من منى لانه محرم بالحج من مكة ومن أحرم بالحج من مكة فليس عليه طواف ورود فهذا المراد لما أحرم بالحج من مكة لا تأثير لما تقدم من عمرته في الورد ولا في غير ذلك من الأفعال غير وجوب الدم للقران والله أعلم ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة انها قالت قدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى

* وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أنها قالت قدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال افعلى مايفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهرى ﴿ ش قوله اقدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة تريد ان تطواف العمرة منع من حيضتها فشكت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تفعل مايفعل الحاج ولا يكون ذلك الا أن يردف الحج على العمرة فتفعل أفعال الحاج كلها من الوقوف بعرفة والمبيت بالمزدلفة والوقوف بها ورمى الجمار والنحر وغير ذلك غير أنها لا تطوف بالبيت ولا يصح لها السعى بين الصفا والمروة لان الطواف بالبيت قبله ولا يصح ذلك منها حتى تطهر وذكرا ان الحيض يمنع من الطواف ولم يذكر امتناعها من الصلاة لانه قد علم من حالها انها علمت ذلك وانما أعلمها من حكم الطواف بما لم يتقدم لها علمه ص ﴿ قال مالك في المرأة التي تهمل بالعمرة ثم تدخل مكة موافية للحج وهي حائض لا تستطيع الطواف بالبيت انها اذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت وكانت مثل من قرن الحج والعمرة وأجزأ عنها طواف واحد والمرأة الحائض اذا كانت قد طافت بالبيت وصلت قبل أن تحيض فانها تسعى بين الصفا والمروة وتتقف بعرفة والمزدلفة وترمى الجمار غير أنها لا تفيض حتى تطهر من حيضتها ﴿ ش قوله في التي تدخل مكة معقرة ولا تستطيع أن تطوف من أجل حيضتها انها اذا خشيت الفوات يريد فوات الحج وذلك انها تريد الحج فاذا جاء يوم التروية ورأت حيضها تدوم اما لانها في أوله أو في وقت منه تعلم من عاداتها تبادى حيضتها التي تخاف فوات الحج ان تبادت على افراد عمرتها حتى تطهر من حيضتها لانه قد تبادى حيضها حتى يفوتها الوقوف بعرفة فان لم تحرم قبل أن تحل من عمرتها فانها الحج فلهذه التي تؤمر أن تحرم بالحج فتدفعه على العمرة فتصير قارنة فتدرك بذلك ما تريد من الحج

(فصل) وقوله انها اذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت يريد لقرانها قال وكانت مثل من قرن الحج والعمرة تريد انها في أحكامها مثل التي قرنت الحج والعمرة الا أن التي أحرمت بهما من ميقاتها ما يلزمها طواف الورد وهذه التي أردفت الحج بمكة لا يلزمها ذلك لانها أحرمت بالحج من الحرم ولا يلزمها للحج طواف الورد والمعتمر لا يلزمه ذلك أيضا وانما يطوف عند ورود طواف عمرته (فصل) وقوله وأجزأ عنها طواف واحد على ما تقدم من أنه يجزئها طواف واحد لحجها وعمرتها ويحتمل أن يريد أنه يجزئها طواف واحد وهو طواف الافاضة ولا يلزمها طواف ورود وان كانت وردت محرمة الا أنها دخلت محرمة بعمرة فلا يلزمها طواف ورود وانما يلزمها طواف العمرة ولو دخلت محرمة بحج مفردا وقارنة للزمها طوافان طواف للورد وطواف للافاضة

(فصل) وقوله والمرأة الحائض اذا كانت قد طافت بالبيت وصلت قبل أن تحيض فانها تسعى بين الصفا والمروة يريد ان الذي من شرطه الطهارة هو الطواف بالبيت والركوع فاذا أتت بذلك قبل أن تحيض كان لها أن تسعى بين الصفا والمروة لان الحيض لا يمنع من ذلك لانه ليس من شرطه الطهارة فتبادى على عمرتها وتحل منها ثم تحرم بعد ذلك بحجها ان فاتها ذلك فلا يتعذر عليها شئ مما أرادته من افراد العمرة عن الحج لحيضتها بعد الطواف والركوع وان حاضت قبل أن تسعى لما ذكرناه

(فصل) وقوله وتتقف بعرفة وترمى الجمار يريد ان ذلك كله يصح من غير طهارة ولا يمنع منه حدث الحيض وان كان يستحب الاتيان به على طهارة فان تعذر ذلك لحديث الحيض الذي لا يمكن التصرز منه ولا ازاله صح الاتيان به غير أنها لا تفيض يريد انها لا تأتي بطواف الافاضة حتى تطهر

الله عليه وسلم فقال افعلى مايفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهرى ﴿ قال مالك في المرأة التي تهمل بالعمرة ثم تدخل مكة موافية للحج وهي حائض لا تستطيع الطواف بالبيت انها اذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت وكانت مثل من قرن الحج والعمرة وأجزأ عنها طواف واحد والمرأة الحائض اذا كانت قد طافت بالبيت وصلت فانها تسعى بين الصفا والمروة وتتقف بعرفة والمزدلفة وترمى الجمار غير أنها لا تفيض حتى تطهر من حيضتها

* افاضة الحائض *

ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أن صفية ابنة حي حاضت فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحابستناهي فقيل انها قد أفاضت فقال فلا اذا * ش قوله ان صفية بنت حي وهي زوج النبي صلى الله عليه وسلم حاضت وهي محرمة بالحج قد كرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما اعتقدت أو تخوفت أن تكون حيضتها تمنعها بعض أفعال الحج أو جميعها فأرادت أن تعلم علم ذلك وكانت كثيرة البحث والسؤال عما لاتعلمه ولعله أجرى ذكر صفية على ما في حديث هشام بن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرها فأخبرته عائشة انها قد حاضت أو لعل النبي صلى الله عليه وسلم قد سأل عن ذلك من حالها فأخبرته عائشة بحيضتها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أحابستناهي يقتضي ان الحيض يمنع بعض أفعال الحج وبوجوب البقاء عليه الى أن يظهر من حيضتها فيمكنها فعل ذلك وان كان ليس في الوقت تعيين ذلك الفعل الا أنه يمكن انه قد عينه قبل ذلك وعلم من أخبره بذلك من سنته صلى الله عليه وسلم ان الذي يمنع منه الحيض من أفعال الحج الطواف خاصة ولذلك قالت له انها قد أفاضت فقال فلا اذا يريد صلى الله عليه وسلم أنها ان كانت قد أفاضت فاتها لا تبقى ولا تحبس من يكون معها فاقضى ان الحيض يحبس المرأة اذا لم تكن أفاضت ويحبس من معها ممن يلزمه أمرها ولذلك يحبس الكرى معها وسيأتي ذكره بعده ان شاء الله تعالى (مسألة) والذي يحبس عليها الكرى وذو المحرم والرفقة فأما الكرى فانه يحبس عليها أكثر ما يحبس النساء الدم على ما يأتي بعده ان شاء الله تعالى وأما ذو المحرم فانه يحبس عليها حتى يمكنها السفر وأما الرفقة والاصحاب فقد قال مالك ان كان مقامها اليوم واليومين وما أشبه ذلك فيحبس كرىها ومن معه وان كان أكثر من ذلك لم يحبس الا كرىها وحده ووجه ذلك ان الرفقة تلحقهم المشقة بطول الحبس وليس بينهم وبينها عقد ولا لها عليهم حق يحبسون به الا مقدار ما تلحقهم به مضرة لمعنى المرافقة والاصطحاب في الطريق وهي تجدد العوض منهم بعد مدة فان الطريق المأمونة لا تنقطع وأما الكرى فلها عليه حق ثبت عليه بعقد فليس له أن يتركها ويذهب بحقه وهو حق معتاد قد عرفه ودخل عليه فلزمه من المقام ما لا يلزم الرفقة وأيضا فان حقها قد تعين عنده وتعلق به دون غيره فليس له نقله الى غيره وأيضا فان المرأة لو أرادت المقام لكان للكرى أن يطلبها بحقه عندها من السير معه وهو الكراء ولو أرادت أن تقيم لم يكن للرفقة قبلها في ذلك حق بوجه ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أم المؤمنين انها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله ان صفية بنت حي قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها تحبسنا ان لم تكن طافت معكن بالبيت قلن بلى قال فخرجن * وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين كانت اذا حجت ومعها نساء تتخاف أن يحضن قدمنهن يوم النحر فافضن فان حضن بعد ذلك لم تنتظرهن تنفريهن وهن حيض اذا كن قد أفضن * ش قوله ان عائشة رضى الله عنها كانت اذا حجت ومعها نساء تتخاف أن يحضن الخوف يكون في ذلك على وجهين أحدهما أن يكن ممن يحضن فان كن ممن لم يبلغ الحيض أو من اللائي يثنس من الحيض فلا يخاف عليهن الحيض والوجه الثاني أن يكون قرب وقت طهرها من حيضها وعادتها تبادى طهرها مدة ينقضى احرامها

* افاضة الحائض *

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أن صفية بنت حي حاضت قد كرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال أحابستناهي فقيل انها قد أفاضت فقال فلا اذا * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله ان صفية بنت حي قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها تحبسنا ان لم تكن طافت معكن بالبيت قلن بلى قال فخرجن * وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين كانت اذا حجت ومعها نساء تتخاف أن يحضن قدمنهن يوم النحر فافضن فان حضن بعد ذلك لم تنتظرهن فتفريهن وهن حيض اذا كن قد أفضن

قبل انقضائها فاما من لا يبقى عليها الحيض جله فلا تقدم الطواف مخافة الحيض وانما تقدمه ان قدمته لفرضه المبادرة بتسليم الاحرام مما عسى أن يلحقه من نقص وان لم يلحقه فساد واما من تحيض وعادتها ان زمان طهر دامدة تنقضي أيام الاحرام قبلها فالأحوط تقديم الطواف لجواز أن يأتي من حيضتها ما يخالف عاداتها وان كانت لا تأمن تقدم حيضتها وهي ترتقب وروده أو كان أمدة طهر لا يلزم العادة فهذه التي لا خلاف في انها من كانت تقدمها عائشة للطواف يوم النحر مخافة الحيض عليها فكانت تقدمها للطواف ليكمل احرامها ولا يبقى عليها من عمل الحج ما يمنع الحيض منه وانما يبقى عليها المبيت بمنى ورمى الجمار وذلك لا ينافي الحيض ودل للكرى أن يأخذها بتقديم ذلك (فصل) وقولها فان حضن بعد ذلك لم تسكن تنتظرهن تنفريهن وعن حيض يريد كان جميع ما يبقى من الحج بعد طواف الافاضة يفعلنه في حال حيضهن فاذا أكلن ذلك نفرت بهن والله أعلم واحكم من مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفة بنت خبي فقيل له انها قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلمها حابستنا فقالوا يا رسول الله انها قد طافت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا اذا قال مالك قال هشام قال عروة قالت عائشة ونحن نذكر ذلك فلم يقدم الناس نساءهم ان كان ذلك لا ينفعهن ولو كان الذي يقولون لا يصبح بمنى أكثر من ستة آلاف امرأة حاض كلهن قد أفضن ﴿ ش قولها في الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفة بنت خبي يحتمل أن يكون ذلك سببا أن يخبر بأنها حاضت ولعله سأل عن ذلك من حالها اذ خفي عنه أمرها

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها فلم يقدم الناس نساءهم ان كان لا ينفعهن انكار على من يقول ان تقدم الافاضة لا ينفعهن فانهن لا بدأن يبقين على طواف الوداع فقالت ولولم يستحب الرجوع الى بلادهن بتقديم الطواف لاتفق الناس على تقديم النساء من منى يوم النحر لطواف الافاضة ولكأنا يقتضرون على تأخير الطواف لان في تقديم طوافهن يوم النحر تكلفا ومشقة مع ما يلزم من سترهن ويثقل من حملهن لكن لما علم الناس ان من حاضت منهن كان لها أن ترجع الى بلادها وان لم تقدر على طواف الصدر لأجل الحيض تكلفوا تلك المشقة وكانت أخف عليهم من البقاء معهن اذا حضن

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها ولو كان الذي يقولون لا يصبح بمنى أكثر من ستة آلاف امرأة حاض يريدان هذا يكثر على النساء فلم ينفعهن تقديم الافاضة لكثير من يقمن من النساء بمكة لأجل الحيض على طواف الصدر ولولم ينفعهن ما قدمن من طواف الافاضة ولما علم ذلك مع احتبال النساء في ذلك الزمان بأمر الدين وكثرة العلماء صح وثبت ان ذلك اتفاق من جميعهم على انه لا يلزمها مقام على طواف الصدر وانما يلزم المقام على طواف الافاضة لانه ركن من أركان الحج وفي ذلك ان عائشة جوزت الكلام على المسئلة واظهار وجه الصواب فيها لرأى وان كانت قد حفظت من قول النبي صلى الله عليه وسلم في خبر صفة بنت خبي ان الافاضة قبل الحيض تتبع الانصراف لكهما مع ذلك أضافت الى ذلك بيان المعنى بعد الاثر من مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن أخبره ان أم سليم بنت ملحان استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد حاضت أوولدت بعدما أفاضت يوم النحر فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت أم سليم استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت قد حاضت أوولدت يوم النحر بعدما أفاضت

• وحديثي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفة بنت خبي فقيل له قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلمها حابستنا فقالوا يا رسول الله انها قد طافت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا اذا قال مالك قال هشام قال عروة قالت عائشة ونحن نذكر ذلك فلم يقدم الناس نساءهم ان كان ذلك لا ينفعهن ولو كان الذي يقولون لا يصبح بمنى أكثر من ستة آلاف امرأة حاض كلهن قد أفضن • وحديثي عن مالك عن أبي بكر عن أبيه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن أخبره ان أم سليم بنت ملحان استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد حاضت أوولدت بعدما أفاضت يوم النحر فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت

فاستفتته فيما يجوز لها من الخروج أو يلزمها من المقام حتى يكون آخر عهدها الطواف بالبيت فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت لما كانت قد أقاضت ص **﴿** قال مالك والمرأة تحيض بمنى تقيم حتى تطوف بالبيت لا بد لها من ذلك وإن كانت قد أقاضت فحاضت بعد الأفاضة فلتنصرف إلى بلدها فإنه قد بلغنا في ذلك رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم للحائض قال وإن حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فإن كرها يحبس عليها أكثر مما يحبس النساء الدم **﴿** ش قوله أنه قد بلغني في ذلك رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفية وما أذن به لأم سليم وسمى ذلك رخصة على عرف الفقهاء فيما أبيح لضرورة من جملة ممنوعة فلمّا ورد الأمر في الحاج والمعتمر أن يكون آخر عهدها الطواف بالبيت واستثنى من ذلك الحائض سمي رخصة

(فصل) وقوله وإن حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فإن كرها يحبس عليها بقدر ما يحكم للمرأة بانها حائض فإذا حكم لها بالاستحاضة اغتسلت وطافت ورجعت قال ابن وهب عن مالك تقيم الحائض أكثر مما يحبس النساء الحيض وتقيم النفساء أكثر مما يحبس النساء دمها

(فصل) وقوله فإن كرها يحبس عليها هذا مذهب مالك وسواء علم بعملها أو لم يعلم وليس عليها أن تخيره بذلك رواه أشهب عن مالك في العتبية والموازية (مسألة) إذا ثبت أن الكرى يحبس عليها فقد قال مالك في العتبية ولا أدري هل تعينه النفساء في العلف (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال أبو بكر بن محمد وقد قيل إنها إنما يحبس عليها كرها إذا كان الأمن وأما في هذا الوقت حيث لا يأمن في طريقه فهي ضرورة ويفسخ الكراء **﴿** قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندي أن وقب الأمن يجدر فاف ويمكنه إذا ظهرت أن يدخل الطريق ويسافر وإذا كان الخوف لم يمكنه ذلك ويحتاج أن ينتظر القوافل والصحبة فتلحقه المشقة **﴿** قال القاضي أبو الوليد رحمه الله تعالى ومثل هذا عندي في المرأة التي لا محرم لها وإنما يخرج في أرفقة العظيمة المأمونة وأرفقة التي فيها النساء فهذا أيضا مما لا يمكن وجود ذلك في كل وقت فتحتاج إلى الانتظار وأما ذات المحرم مع الطريق المأمون فلا يحتاج إلى شيء من ذلك ولا يحبسها شيء غير حيثنها

﴿ فدية ما أصيب من الطير والوحش **﴾**

ص **﴿** مالك عن أبي الزبير المسكي أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة **﴿** ش قوله أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش على معنى أنه عدل له من النعم وأشبه النعم به قدرا وقضى في الغزال بعنز على ذلك المعنى أيضا لأن الغزال أشبه النعم بالغزال وأقربها قدرا إليه والكبش والعنز مما يصح أن يهدي فجاز أن يكونا عوضا عن الضبع والغزال يهدي كل واحد منهما جزاء عن أصابة نظيره من الصيد كما قال تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة

(فصل) وقوله وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة العناق الانثى من أولاد المعز إذا رعى وقوى والجفرة الانثى من أولادها إذا بلغت أربعة أشهر وفصل عن أمه وفرق عمر بين الأرنب واليربوع فجعل في الأرنب عناقا وفي اليربوع جفرة وهي دون العناق وقد روى عنه أنه أفتى في الضب يهدي والذي ذهب إليه مالك أن كل ما صغر عن أن يكون له نظير من النعم يهدي فإنه ليس فيه إلا

قال مالك والمرأة تحيض بمنى تقيم حتى تطوف بالبيت لا بد لها من ذلك وإن كانت قد أقاضت فحاضت بعد الأفاضة فلتنصرف إلى بلدها فإنه قد بلغنا في ذلك رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم للحائض قال وإن حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فإن كرها يحبس عليها أكثر مما يحبس النساء الدم

﴿ فدية ما أصيب

من الطير والوحش **﴾**

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن أبي الزبير أن عمر بن

الخطاب قضى في الضبع

بكبش وفي الغزال بعنز

وفي الأرنب بعناق وفي

اليربوع بجفرة

صيام وقال مالك في المبسوط لا يحكم في جزاء الصيد بجفيرة ولا عناق ولا يحكم بدون المسن والدليل على ما نقوله قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فقيده ذلك بالهدي فلا يصح أن يخرج في ذلك ما ليس بهدي لأنه ليس من الجزاء الذي تضمنته الآية ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان لا يكون بدله هديا فلم يكن له بدل من النعم أصل ذلك صغار الطير والحشرات (مسئلة) اذ ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا في الارنب وفي اليربوع ففي كتاب ابن حبيب عن مالك في كل واحد منهما عز وروى عنه ابن عبد الحكم ليس فيهما دون الظبي الا الطعام أو الصيام وجه قول ابن حبيب أنه انما يراعى المثل في جزاء الصيد من جهة القدر والصورة وقد وجد في اليربوع المثل من جهة الصورة فوجب أن يطلب أقرب المثل اليه من جهة القدر كما يشعل ذلك في صغار الوحش فإنه لما كان له مثل من جهة الصورة لم يراع القدر فحكمنا في صغير النعام بما يحكم فيه بكبيره وهي البدنة مع تفاوت ما بينهما في القدر ووجه رواية ابن عبد الحكم أن الصفة والقدر يجب أن يراعى في الجنس فاذا كان الشبه يقرب من جهة الصورة والشبه يقرب من جهة القدر في الجنس حكمنا فيه بالمثل واذا تفاوت في القدر في جملة الجنس وجب أن لا يحكم فيه بمثل كما لا يحكم في صغار الطير والحشرات ولا يدخل على هذا صغار ماله مثل لان الشبه من جهة الضرورة والقدر قد وجد في الجنس ص **مالك** عن عبد الملك بن قريش عن محمد بن سيرين أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال اني أجريت أنا وصاحب لي فرسين نستبق الى ثغرة ثنية فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فاذا ترى فقال عمر لرجل الى جنبه تعال حتى أحكم أنا وأنت قال فحكمنا عليه بعز فولى الرجل وهو يقول هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلا يحكم معه فسمع عمر قول الرجل فدعاه فسأله هل تقرأ سورة المائدة قال لا قال فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي فقال لا فقال عمر لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لا وجعتك ضربا ثم قال ان الله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف **ش** قوله أجرينا فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فاذا ترى يحتمل أن يكون مستفتيا ويحتمل أن يكون طلب الحكم عليه اذا اعتقد أن الواحد يصح حكمه في ذلك

(فصل) واستدعاء عمر بن الخطاب الرجل الذي الى جنبه أن يحكم معه امثال لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وهو من ذهب مالك أنه لا يجوز أن يحكم فيه أقل من رجلين وبه قال الشافعي ولا يجوز أن يكون المحكوم عليه أحدهما وقد تقدم الكلام فيه بما ينفي عن اعادته ههنا

(فصل) وقوله فحكمنا عليه بعز يريد أنه اختار المثل ولذلك حكمنا عليه بعز هديا لانها أقرب الانعام شها وقدر بالظباء فطن المحكوم عليه أنه انما استدعى من يحكم معه لعجزه عن الحكم في قضيته مفردا حتى يعينه عليها الرجل الذي استدعاه للحكم معه

(فصل) وقول عمر له هل تقرأ سورة المائدة خص سورة المائدة بالسؤال عنها لما كان الحكم فيها دون غيرها من السور وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وسأله هل تعرف الرجل الذي معه لما كان مشهورا بالعدالة والعلم والأمانة وان كل من عرف عينه عرف عدالة

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضربا باعلاماله بانه قد عذره لجهله لما لم يقرأ السورة التي فيها شأن هذه الحكومة وقال له لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضربا ويحتمل أنه كان يوجهه ضربا لما أظهر من مخالفته التنزيل ان كان فهم

وحدثني عن مالك عن عبد الملك بن قريش عن محمد بن سيرين أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال اني أجريت أنا وصاحب لي فرسين نستبق الى ثغرة ثنية فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فاذا ترى فقال عمر لرجل الى جنبه تعال حتى أحكم أنا وأنت قال فحكمنا عليه بعز فولى الرجل وهو يقول هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلا يحكم معه فسمع عمر قول الرجل فدعاه فسأله هل تقرأ سورة المائدة قال لا قال فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي فقال لا فقال عمر لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لا وجعتك ضربا ثم قال ان الله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف

الحكم أولا عراضه عن تفهم القرآن ان كان أعرض عن النظر في الآية والتفهم لها قبل ذلك ان كان من العرب الذين لا يخفى عليهم معناها مع الاهتبال به وقديعذرا الجاهل عند موافقة مثل هذا مما لم يستتب حكمه ولا يتكرر تكرر الصلوات والطهارات

(فصل) وقوله بعد هذا ان الله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف اعلامه بالمعنى الذي أوجب عليه مشاركة عبد الرحمن بن عوف له في هذا الحكم وهو أمره تعالى بأن يحكم به ذوا عدل ثم أعلمه أن الذي حكم معه عبد الرحمن بن عوف فان كان السائل قد سمع بذلك من عبد الرحمن قبل ذلك فقد عرف عدالة عبد الرحمن لم يسمع بذلك قبل ذلك فانه في أيسر وقت يسأل فيخبر بعد الله وامامته واشتهار علمه ولذلك قال له وهذا عبد الرحمن بن عوف فنص على اسمه الذي يمكن السائل أن يكون قد سمع به لشهرته وعلاؤ كرهه أو يسأل عنه ولو أراد الاخبار عن عدالة فقط لقال وهذا عدل

(فصل) وقوله وأوجب عمر عليهما الجزاء وان كانا لم يباشرا قتل الصيد وانما قتلته خيلهما لكانت خيلهما محمولة باختيارهما كانت بمنزلة مالور ميا سهما أو حجرة افتتلاه به وقد روى ابن المواز عن مالك فيمن قاد دابة أو ساقها أو ركبا انها ما أصابت في ليل أو نهار فعليه جزاؤه وكذلك لو ضربها فضربت صيدا فقتلته وما أصابت يسدها أو رجلها من غير قياد ولا سياق ولا ركوب فلا شيء عليه ص * مالك عن هشام بن عروة ان أباه كان يقول في البقرة من الوحش بقرة وفي الشاة من الطباء شاة * ش قوله في البقرة من الوحش بقرة وفي الشاة من الطباء شاة يريد بقرة وشاة من بهيمة الانعام فأخبرا ان البقرة من بهيمة الانعام مثل البقر الوحشي وان الشاة من بهيمة الانعام مثل الشاة من الطباء وهو تمثيل صحيح لانهما أشبه الانعام بهما صورة وقدرهما ولكن كان ذلك من اعادة الحكم فيهما اذا أصاب أحدهما محرم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول في حمام مكة اذا قتل شاة * ش قوله في حمام مكة اذا قتل شاة يريد ان حمام مكة مخصوص بذلك لتأ كد حرمة وهذا يمنع أن يكون في البر بوع شاة لان ذلك كان يقتضى أن يكون في كل حمامة شاة اذا اعتبر القدر لان الحمام أكبر من البر بوع وأعظم خلقه وأكثر لما واد اودى في البر بوع شاة فبأن يجب ذلك في كل حمام أولى ولا يجب في سائر الحمام غير حمام مكة أو الحرم غير الاطعام أو الصيام ولم يجب في ذلك هدى فبأن لا يجب في البر بوع أولى وقد تقدم الكلام في حمام مكة بما يغني عن اعادته ص * قال مالك في الرجل من أهل مكة يحرم بالحج أو بالعمرة وفي بيته فراخ من حمام مكة فيغلق عليها فتموت فقال أرى بأن يفدى ذلك عن كل فرخ بشاة * ش ومعنى ذلك أن تكون الفراخ في بيت الرجل فاذا أحرمت بعمرة أو حجة اقتضى ذلك غلق باب بيته والتغيب منه مدة تهلك الفراخ في مثلها لتعذر وصول الابوين بالشبع اليها فان عليه جزاء كل فرخ منها شاة لان في صغار كل حيوان من الجزاء مثل ما في كفارته وهذا حكم من فعل ذلك وهو غير محرم وذلك لان قتل الحمام في الحرم مما يجب به الجزاء وانما خص المحرم بما ذكرناه في مسألة مالك لان احرامه كان سبب مغيبه ولو سافر عن بيته في غير احرام وأغلق عليها بابها فهلكت لوجب عليه مثل ذلك ص * قال مالك ولم أزل أسمع ان في النعامة اذا قتلها المحرم بدنة قال مالك أرى في بيضة النعامة عشر ثمن البدنة كما يكون في جنين الحرة غرة عبد أو وليدة * قال مالك وفيمة الغرة خسون دينار وذلك عشر دية أمه * ش قوله ولم أزل أسمع ان في النعامة بدنة يريد ان ذلك شائع قديم تكرر حكم الأئمة وفتوى العلماء به وقولهم لذلك

وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة ان أباه كان يقول في البقر من الوحش بقرة وفي الشاة من الطباء شاة * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول في حمام مكة اذا قتل شاة وقال مالك في الرجل من أهل مكة يحرم بالحج أو بالعمرة وفي بيته فراخ من حمام مكة فيغلق عليها فتموت فقال أرى بأن يفدى ذلك عن كل فرخ بشاة قال مالك لم أزل أسمع ان في النعامة اذا قتلها المحرم بدنة قال مالك أرى أن في بيضة النعامة عشر ثمن البدنة كما يكون في جنين الحرة غرة عبد أو وليدة وفيمة الغرة خسون دينار وذلك عشر دية أمه

تكرر اشاعة واذا عومع ذلك فانه لا يجوز اخراجها الا بعد الحكم بها وتكرير الاجتهاد في ذلك وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ان في بيضة النعامة عشرين البدنة وذلك انه لا يخرج فيها جزء من النعم وان كانت قيمة عشر البدنة أكثر من قيمة عزلانه لا مثل لها في النعم وانما جزاؤها عشر قيمة البدنة التي هي جزء النعامة وبين مالك ذلك بأن ما قاله قياسا على دية الجنين غرة قيمتها خمسون دينار او هي عشرة دية الحرة لان ديتها خمسمائة دينار وقد تقدم الكلام في ذلك ص * قال مالك وكل شيء من النسور أو العقبان أو البراة أو الرخم فانه صيد يودي كما يودي الصيد اذا قتله المحرم وكل شيء فدى في صغاره مثل ما يكون في كباره وانما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء * فدية من أصاب شيئا من الجراد وهو محرم * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين اني أصبت جرادة بسوطي وأنا محرم فقال له عمر أطمع قبضة من طعام * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نحكم فقال لكعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدراهم لتمريرة خير من جرادة * ش قول عمر أطمع قبضة من طعام يريدانها أخفى عليه من غير ذلك وهي تجزى عن الجراد وكذلك يقول مالك من أصاب جرادة فعليه قبضة طعام * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه لو شاء الصيام لحكم عليه بصيام يوم إلا أن يمنع من ذلك اجاع وانما سارع الفقهاء الى إيجاب قبضة من الطعام لعلمهم أنها أسهل على من أصاب الجرادة من صيام يوم فاستغنى في ذلك عن الاعلان بالتخيير (مسئلة) وهذا حكم الذباب وغير ذلك من الحشرات من أصاب شيئا من ذلك وداه وقال الشافعي في الخنافس والجعلان وبنات وردان والعصا وما جرى مجرى ذلك قتله مباح ولا شيء عليه ان قتلها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم من تعمد قتلها وأصابها خطأ وهو بمكة لعسر العزم منها ولذلك لم يسأله عمر هل أصاب الجرادة خطأ أو عمدا

قال مالك وكل شيء من النسور أو العقبان أو البراة أو الرخم فانه صيد يودي كما يودي الصيد اذا قتله المحرم وكل شيء فدى في صغاره مثل ما يكون في كباره وانما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء

* فدية من أصاب شيئا من الجراد وهو محرم * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين اني أصبت جرادة بسوطي وأنا محرم فقال له عمر أطمع قبضة من طعام * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نحكم فقال لكعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدراهم لتمريرة خير من جرادة

* فدية من أصاب شيئا من الجراد وهو محرم *

ص * مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين اني أصبت جرادة بسوطي وأنا محرم فقال له عمر أطمع قبضة من طعام * مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نحكم فقال لكعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدراهم لتمريرة خير من جرادة * ش قول عمر أطمع قبضة من طعام يريدانها أخفى عليه من غير ذلك وهي تجزى عن الجراد وكذلك يقول مالك من أصاب جرادة فعليه قبضة طعام * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه لو شاء الصيام لحكم عليه بصيام يوم إلا أن يمنع من ذلك اجاع وانما سارع الفقهاء الى إيجاب قبضة من الطعام لعلمهم أنها أسهل على من أصاب الجرادة من صيام يوم فاستغنى في ذلك عن الاعلان بالتخيير (مسئلة) وهذا حكم الذباب وغير ذلك من الحشرات من أصاب شيئا من ذلك وداه وقال الشافعي في الخنافس والجعلان وبنات وردان والعصا وما جرى مجرى ذلك قتله مباح ولا شيء عليه ان قتلها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم من تعمد قتلها وأصابها خطأ وهو بمكة لعسر العزم منها ولذلك لم يسأله عمر هل أصاب الجرادة خطأ أو عمدا

ولا كان في سؤاله بيان ذلك فدل على تساوي الحكم عند عمر وأما المحرم يطأ بغيره الجراد لانه يكثر في الطريق فلا يمكن التحرز منه فقيدروى ابن المواز عن ابن وهب عن مالك ليس على الناس في ذلك شيء ما لم يتعمدوا وقال مالك مثل ذلك وقد سئل عن الذباب لا يستطيع الاحتراز منه لكثرة فيها المحرم يمشى على بعضه فيقتله يطعم وجه القول الأول وهو اختيار ابن عبد الحكم ان الضرورة اذا كانت عامة ولم يمكن احتراز منها لغلبيتها وكثرتها فانه يسقط حكم المنع بها ويديم القتل واذا كان القتل مباحا على العموم سقط الفداء به كقتل عادية السباع ووجه القول الثاني ان المحرم اذا أصاب الصيد لزمه الجزاء وان لم يقدر على التحرز منه كما لو قتله خطأ (مسئلة) ومتى وجب بذلك الاطعام فهل يجوز دون حكومة قال محمد يحكم به ذوا عدل * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن هذا معنى قول عمر لكعب تعالى حتى نحكم فان أخرج ذلك دون حكم فعليه أن يعيد ووجه ذلك ان هذا مما يلزم المحرم به الجزاء فلم يصح اخراجه الا بحكم الحكمين أصل ذلك جزاء الصيد

(فصل) وقوله لكعب لما أراد أن يحكم في الجرادة بدرهم انك لتجد الدراهم انكارا عليه لتسامحه بالدراهم واجباها في غير موضعها فعل من كثرت دراهمه وهانت عليه والحكم في جزاء الصيد أيضا يجب أن يتحرى ويجهد فيما يحكم به ويترك التسامح والحكم بأكثر من الواجب كما يترك الحكم بأقل منه ثم قال عمر لتمره خير من جرادة ير بد أنها تجزى عنها لأنها أفضل منها وأنفع لآكلها من الجرادة وأكثرتنا لمن أراد بيعها وفي هذا أن الحكمين اذا اختلفا لم يلزم قول واحد منهما ويجب أن يستأنف الحكم ولعل كعبا قد رجع الى موافقة عمر رضي الله عنه في قوله ان التمرة خير من الجرادة ثم حكى بذلك لان قول عمر انها خير نهاليس في ذلك حكم بالتمره وانما هو مخالفة لكعب أولعل عمر قد استدهى غير كعب للحكم معه راستدعاء عمر رضي الله عنه كعب للحكم معه دليل على عدالة عنده لانه لو لم يكن عنده عدلا لما جاز أن يحكمه في مثل هذا والله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم

﴿ فدية من حلق قبل أن ينحر ﴾

ص * مالك عن عبد الكريم بن مالك الجزري عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن كعب بن عجرة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين مدين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك * ش قوله انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما يريد انه كان معه محرما وكان ذلك في عمرة الحديبية فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه والأمر وان كان يقتضى الوجوب أو الندب ولا تكون الاباحة أمرا فقد يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم ندبه الى ذلك ورآه الأفضل له فقد نهى الانسان عن أذى نفسه وتحمل المشقة الخارجة عن العادة المؤذية التي لا يطيقها الانسان غالبا في العبادات ولذلك كره من الحولاء بنت تويت أن لاتنام الليل وقد قال صلى الله عليه وسلم أكلوا من العمل ما تطيقون (فصل) وقوله صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك بشاة على وجه التخيير له في أن يفعل أى ذلك شاء وبين ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم أى ذلك شئت فعلت (مسئلة) والانسك ههنا

﴿ فدية من حلق

قبل أن ينحر ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن عبد الكريم بن مالك

الجزري عن عبد الرحمن

ابن أبي ليلى عن كعب بن

عجرة انه كان مع رسول

الله صلى الله عليه وسلم

محرما فأذاه القمل في رأسه

فأمره رسول الله صلى

الله عليه وسلم أن يحلق

رأسه وقال صم ثلاثة أيام

أو اطعم ستة مساكين مدين

مدين لكل انسان أو

انسك بشاة أى ذلك فعلت

أجزأ عنك

من بهيمة الأنعام دون غيرها قال ابن المواز يجوز أن ينسك بدنة أو بقرة وقد نص في الحديث على الشاة لأن ذلك أدنى ما يجزى ولا يقلد النسك ولا يشعر ولا يساق من حل إلى حرم إلا أن يريد أن يجعله هدياً فإن له ذلك ويكون حكمه حكم الهدى به (مسئلة) والاطعام مدين مدين لكل مسكين على ما ورد في الحديث فلا يقصر عنه وقال مالك في المدونة انما عليه مدين لكل مسكين من عيش البلد شعيراً أو بر وقال ابن المواز يجزئه الشعير ان كان طعامه حينئذ وان كان طعامه ذرة نظراً إلى ما يجزئه من القمح فتريد في الذرة حتى يبلغ بذلك اجزاء الخنطة في الشبع ووجه ذلك ان الشعير عنده من جنس القمح فما كان قوته أنخرج منه كما يخرج عن الضأن والماعز الاغلب منهما لما كانتا من جنس واحد ولا يخرج عن أحدهما بقراً ولا غيرها لما لم يكن من الجنس ص * مالك عن حميد بن قيس عن مجاهد بن الحجاج عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لعلك أذاك هو أمك فقلت نعم يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلق رأسك وسم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك بشاة * ش قوله صلى الله عليه وسلم لعلك أذاك هو أمك يريد القمل فهو هوام الانسان المختص بجسده فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم كثرتها سأله عن تأذيه بها فأعلمه بذلك فقال له احلق رأسك يحتمل أن يكون ذلك على وجه الندب على ما تقدم ويحتمل أن يكون على وجه الاباحة ثم أعلمه بما يلزمه في حلق رأسه وهي الفدية وهذا يدل على ان ازالة القمل عن رأس الانسان ممنوع وما يجب به الفدية والافقد كان يأمره بمشط رأسه واستعمال ما يقتلها ويزيلها مع بقاء شعره لكن لما كانت الضرورة تبيح الامرين لانه انما يجب بازالتها في حال واحدة فدية واحدة وهو أقرب تناولاً فيما يريد وأعم منفعة وراحة أمره بالخلاق (مسئلة) وهذا حكم ازالة القمل عن الجسد في المنع منه وقال الشافعي ان أخذ القملة من الجسد مباح ولا شيء فيه وفي أخذها من الرأس الفدية بشئ لا لاجل القملة ولكن لانه ترفه بأخذ الهوام من رأسه وأزال الاذى والدليل على ما نقله ان هذا أزال قملة من حبسها لغير ضرورة فكان ممنوعاً من ذلك يجب به عليه فدية أصل ذلك اذا أخذها من رأسه (مسئلة) وهذا لمن قصد ازالة الشعر فأما من لم يقصد ازالته وانما قصد الى فعل آخر فكان سبباً تساقط شعره من حيثة أو رأسه فلا فدية فيه وقد روى محمد بن فهد فيمن سقط من شعر رأسه شيء لجل متاعه أو جريده على حيثة فتساقط منها الشعرة أو الشعرتان أو اغتسل تبرداً فتساقط منه شعر كثير لا شيء عليه ووجه ذلك انه لم يقصد ازالته ولو امتنع من كل ما يجز ذلك ويسببه لا تمتنع من أكثر التصرف والوضوء والغسل والركوب ومسح الوجه فاذا كانت مباحة لعدم الضرورة اليها وكان المعتاد تساقط الشعر بها استعمالاً أن يجب شيء بذلك ص * مالك عن عطاء بن عبد الله الخراساني انه قال حدثني شيخ بسوق البرم بالكوفة عن كعب بن عجرة انه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أنفخ تحت قدر لأصحابي وقد امتلأ رأسي ولحيتي قلاً فأخذ بجبتي ثم قال احلق هذا الشعر وسم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم انه ليس عندي ما أنسك به * ش قوله جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أن يكون مرتبه في طريقه لا مرتباً ويحتمل أن يكون قصده على ما يفعل المتواضع من زيارة أصحابه وتفقد أحوالهم ولعله قد بلغه ما بلغ به من الهوام فقصد له ذلك ليحقق حال ضرورته ويأمره بما يجب له وعليه في ذلك وتناول كعب بن عجرة النفخ تحت القدر لأصحابه مسارعة إلى خدمتهم فان الاجرة خدمة الرفقاء جزيل ولا يمتنع المحرم من ذلك وان خاف أن يلحق لهب النار شعره وقد ذكره مالك

* وحدثني عن مالك عن حميد بن قيس عن مجاهد أبي الحجاج عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لعلك أذاك هو أمك فقلت نعم يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلق رأسك وسم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك بشاة * وحدثني عن مالك عن عطاء بن عبد الله الخراساني انه قال حدثني شيخ بسوق البرم بالكوفة عن كعب بن عجرة انه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أنفخ تحت قدر لأصحابي وقد امتلأ رأسي ولحيتي قلاً فأخذ بجبتي ثم قال احلق هذا الشعر وسم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم انه ليس عندي ما أنسك به

في المبسوط فبين نفخ تحت قدراً وأدخل يده في التنور فأحرق شعره لهب النار انه لاشئ عليه ووجه ذلك ما ذكرناه

(فصل) وقوله فأخذ يجبهتي وقال احلق هذا الشعر يريد ما على جبهته من شعر رأسه وأخذه بذلك على سبيل التأنيس له ولعله أراد بذلك رفع الاشكال لانه لو قال له احلق شعر رأسك لجوز أن يدخل فيه غير شعر الرأس وكذلك لو قال احلق شعر رأسك لجوز أن يكون اسم الرأس مقصوراً على جراحة مخصوصة أو يتعدى ذلك الى ما يدخل تحت اسم الرأس على وجه التبع كالوجه وغيره فأزال الاشكال بأن أشار له الى ما يساح له حلقه وهو شعر رأسه

(فصل) ولم يذكر في هذا الحديث الا أنه أمره بالطعام والصيام ولم يذكر النسك قال وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم أنه ليس عندي ما أنسك به يريد انه لذلك لم يأمره بالنسك لما علم من حاله وقد تقدم من حديث عبد الكريم الجزري ومجاهد انه نص على النسك بالشاة ويحتمل أن يجمع بين الحديثين فان عبد الكريم ومجاهداً روي احكم من حلق في الجملة دون تعيين أحد وحقى عطاء بن عبد الله ما أمر به كعب بن عجرة في خاصة نفسه ويحتمل أن يكون أراد كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم انه ليس عندي ما أنسك به الا أنه ذكر لي حكم النسك ليسين بذلك حكم من هو عنده ص **قال مالك في فدية الأذى ان الأمر فيه ان أحد الا يفتدى حتى يفعل ما يوجب عليه الفدية وان الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وانه يضع فديته حينئذ أو صديقه بمكة أو بغيرها من البلاد** ش ومعنى ذلك ان الفدية انما هي عن اماطة الأذى فلما لم يطمع لم تجب عليه فدية ولا وجد سبب وجوبها فلا يجزى عنه كما لا يجزى اخراج الهدى قبل تجاوز الميقات بالاحرام ولا بالقضاء في الحج قبل الفوات ولا قبل الافساد ولا الكفارة في الصوم قبل افساده

(فصل) وقوله وان الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يريد كفارة اليمين ففاس فدية الأذى عليها في المنع والثاني أن يريد ان فدية الأذى كفارة فلا يجوز اخراجها قبل وجوبها فنبه بذلك على أن هذا حكم جميع الكفارات وان الفدية من جملة الكفارات فلا يجوز اخراجها حتى تجب فهذا مطرده على رواية منع اخراج كفارة اليمين قبل الحنث وأما على رواية اجازة ذلك في كفارة اليمين فالفرق بينهما ان كفارة الفدية لم يوجد سببها وكفارة اليمين قد وجد سببها وهو اليمين وانما جعلت الكفارة لحل اليمين كالاستثناء فوازن فدية الأذى من اليمين أن يكفر قبل يمينه فانه لا يجزئ قولاً واحداً

(فصل) وقوله ويجعل فديته حيث شاء النسك أو صيام أو صدقة بمكة أو بغيرها من البلاد ظاهر هذا اللفظ يقتضي أن له اخراج أي شئ من ذلك حيث شاء من البلاد فأما النسك فان الغرض فيه اراقة دمه وايصال لجه الى من يستحقه فلا تعلق له بوقت ولا مكان وانما يتعلق بالفعل خاصة فلذلك جاز أن يذبح ليلاً ونهاراً كشاة الزكاة لا يتعلق اخراجها بوقت ولا مكان وبهذا افارقت الأضحية والعقيقة فانها متعلقة بوقت والهدى معلق بوقت ومكان ص **قال مالك لا يصلح للحرم أن ينتف من شعره شيئاً ولا يحلقه ولا يقصره حتى يحل الآن يصيبه أذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى ولا يصلح له أن يقلم أظفاره ولا يقتل قلة ولا يطررها من رأسه الى الأرض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحتها المحرم من جلده أو من ثوبه فليطعم حفنة من طعام** ش وهذا كما قال انه لا يجوز للحرم أن ينتف من شعره شيئاً ولا يقصر لانه ازاله لأذى الشعر واماطة له وذلك مما يمنع منه الحرام كالخلاق وقد قال

* قال مالك في فدية الأذى ان الأمر فيه ان أحد الا يفتدى حتى يفعل ما يوجب عليه الفدية وأن الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وانه يضع فديته حينئذ أو صديقه بمكة أو بغيرها من البلاد * قال مالك لا يصلح للحرم أن ينتف من شعره شيئاً ولا يحلقه ولا يقصره حتى يحل الآن يصيبه أذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى ولا يصلح له أن يقلم أظفاره ولا يقتل قلة ولا يطررها من رأسه الى الأرض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحتها المحرم من جلده أو من ثوبه فليطعم حفنة من طعام

تعالى ولا تعلق واروسكم حتى يبلغ الهدى محله ثم قال الا ان يضيء اذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى بريد قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك (مسئلة) وهذه حاله في جميع الاحرام حتى يحل من عمرته أو حجه فاذا حل من عمرته أو حجه حل له الخلاق وتنف الشعر وقصه

(فصل) وقوله ولا يصلح له أن يقلم أنظفاره يريد أن تقليم الاظفار من محظورات الاحرام لانه من القاء النفس وإزالة ما جرت العادة بالتنظيف بازالته كخلق الشعر وقصه من الرأس والشارب فمن فعل شيئاً من ذلك فعليه الفدية لانه ممنوع لحرمته الاحرام بالنسك كخلق الشعر

(فصل) وقوله ولا يقتل قلة ولا يطرحها من رأسه الى الارض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحها فليطعم حفنة من طعام وذلك انه ممنوع من قتل شيء ومن الحيوان وممنوع من طرح القمل عن جسده لانها من دواب الجسد فلا يطرحها عن شيء من جسده رأس ولا غيره ولا عن ثوب يكون على جسده مما يلبسه لان ذلك من باب قتله وقد تقدم دليلنا على الشافعي في اجازة طرحها عن جسده بما يغني عن اعادته هنا فاما من لم يكن من دواب جسده كالنمل وغيره فان له طرحه عن جسده وانما وجب عليه حفنة من طعام في قتل القملة لقلة ما طرح منها وانه لم يبلغ مبلغ اماطة الأذى ولو جهل فنقي رأسه أو ثوبه حتى ينتفع بذلك لكان عليه الفدية وأما اذا قتل قلة أو قلات فانه يطعم حفنة أو حفنتان من طعام وما أطعم أجزاءه قاله ابن حبيب ووجه ذلك ان من أزال عن نفسه القمل الكثير الذي ينتفع بازالته وينقي جسده منه فعليه الفدية لان النبي صلى الله عليه وسلم في قصة كعب بن جحزة لما رأى عليه الهوام فقال أتؤذيك هو امك فأباح له الخلاق وأمره بالفدية لانه أزال عن نفسه أذى الهوام وأما اذا لم يزل منه الا اليسير الذي لا يستضر به لعلة ولا ينتفع بازالته لكثرة ما يبقى عليه منه فليس عليه فيه الا اطعام شيء على ما ذكرناه لم يزل أذاه ص قال مالك ومن تنف شعرا من أنفه أو من ابطه أو طلى جسده بنورة أو يحلق عن شجة في رأسه لضر روة أو يحلق قفاه لموضع المحاجم وهو محرم ناسياً أو جاهلاً ان من فعل شيئاً من ذلك فعليه في ذلك كله الفدية ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم ش قوله ومن تنف شعرا من أنفه أو من ابطه يريد أن يسير ذلك وكثيره اذا قصد اليه سواء تجب بذلك كله الفدية لانه من اماطة الأذى ومما جرت العادة بالتنظيف بازالته وازالة مثله وأما ما لا يقصد الى تنففه وانما يقصد الى غير ذلك مثل أن يريد نزع غطاء يابس من أنفه فتقطع معه شعرات ففي المبسوط عن مالك لاشئ عليه

(فصل) وقوله أو طلى جسده بالنورة على ما ذكرناه لانه لا فرق بين ازالته الشعر عن جسده بتنف أو حلق أو طلاء نورة أو غير ذلك اذا كان قاصداً الى ازالته ومن طلى جسده بنورة فقد قصد ازالة الشعر فكانت عليه فدية

(فصل) وقوله أو حلق مواضع محاجم يريد أن عليه الفدية ان حلق لها شعرا ولا فرق بين أن يفعل ذلك لضر روة أو غيرها لان اماطة الأذى لا تختلف بالضر روة في وجوب الفدية (مسئلة) وأما الحجامة فقد قال ابن حبيب عن مالك لاشئ عليه فيها وان كان يكرهها ما لم يحلق شعرا وقال سحنون لا بأس بها ما لم يحلق شعرا لها وجه قول مالك ان المحاجم اذا كانت في موضع شعراته بالحجم ينقطع كثير منه ووجه قول سحنون انه غير قاصد الى قطعه وقد أمن من قتل الهوام فلو كانت المحاجم في الرأس ولم يحلق لها شعرا فقد قال سحنون انه مخالف للحجامة في غير الرأس لما يخاف أن يقتل من الدواب

قال مالك ومن تنف شعرا من أنفه أو من ابطه أو طلى جسده بنورة أو يحلق عن شجة في رأسه لضر روة أو يحلق قفاه لموضع المحاجم وهو محرم ناسياً أو جاهلاً أن من قتل شيئاً من ذلك فعليه الفدية وذلك كله ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم

(فضل) وقوله ان من فعل شيأ من ذلك ناسيا أو جاهلا فعليه الفدية على ما قدمنا من أن حكم النسيان والعمد فيما يعود الى اماطة الاذى والى محظورات الاحرام كلها سواء وقد دللنا على ذلك بما يغنى عن اعادته

(فصل) وقوله ولا ينبغي له أن يخلق موضع المحاجم يحتمل وجهين أحدهما أنه لا ينبغي أن يخلق ذلك للاحتجاج بالضرورة لأن اماطة الأذى لا تفعل وإن فدى الضرورة والثاني أن خلق الشعر في الجملة محظور على المحرم وإن هذا من جملة ما أخبر أن حكمه حكم سائر شعر الجسد والله أعلم **ص** **قال** مالك ومن جهل فخلق رأسه قبل أن يرمى الجرة افتدى **ش** وهذا كما قال إن من جهل فخلق رأسه قبل أن يرمى الجرة فعليه الذبية لأنه خلق قبل أن يتحلل من شيء من أحرامه وأول التحلل رمي جرة العقبة فإذا رماها فقد وجد منه تحلل من أحرامه وإذا لم يرم لم يوجد منه تحلل فلا يجوز له الخلق وكذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رمى جرة العقبة ثم نحر هديه ثم خلق وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن إعادته

* قال مالك ومن جهل
خلق رأسه قبل أن يرى
الجرة افتدى

*) مايفعل من نسي
من نسكه شيئاً *

* حدثني يحيى عن مالك
عن أيوب بن أبي تمجة
السختياني عن سعيد بن
جبير عن عبد الله بن عباس
قال من نسي من نسكه
شيأ أو تركه فليهرق دما أو
أيوب لا أدري قال ترك أو
نسي * قال مالك ما كان
من ذلك هيبا فلا يكون
الابمكة وما كان من ذلك
نسكا فهو يكون حيث
أحب صاحب النسك

(ما يهمل من نسي من نسكه شيئاً) *

لأنه الذي لصاحبه أن يذبحه حيث شاء إذا لم يثبت له حكم الهدى وقد قال تعالى فن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك واسم النسك يصح أن يقع على فدية الأذى وعلى الهدى وعلى كل واحد من أعمال الحج والعمرة ويقع على جملة الحج والعمرة لكن المراد به في هذا الموضع اراقة الدم على وجه الفدية لأن كل واحد مما ذكرنا أنه يقع عليه اسم النسك اسم مختص به وإن كان اسم النسك يعم ذلك كله فإهدى اسم يختص به وهو الهدى ولما يخرج على وجه الفدية اسم يختص به وهو الفدية ولسائر الأفعال التي ذكرناها اسم يختص بها من رمي جبار وغير ذلك أنه أراد بالنسك ههنا دم الفدية ولذلك قال إن له أن يجعله حيث شاء وهذا يدل على أنه تأول قوله من ترك من نسكه شيئاً أراد به ترك شيئ من المناسك أو فعل شيئ من أفعال الحج أو ترك صفة من صفات الأحرام وهي الامتناع من اللباس والطيب وغير ذلك من محظورات الأحرام التي تجب بها الفدية وكذلك معنى قوله من نسي شيئاً من نسكه فأخل بصفة من صفات أحرامه والله أعلم وأحكم

﴿ جامع الفدية ﴾

ص ﴿ قال مالك فممن أراد أن يلبس شيئاً من الثياب التي لا ينبغي أن يلبسها وهو محرم أو يقصر شعره أو يمس طيباً من غير ضرورة ليسارة مؤنة الفدية عليه قال لا ينبغي لأحد أن يفعل ذلك وإنما أرخص فيه للضرورة وعلى من فعل ذلك الفدية ﴾ ش وهذا على ما قال إن من أراد أن يأتي شيئاً من محظورات الأحرام من غير ضرورة ويفتدي واستسهل الفدية لقلتها أو لكثرة ماله فإنه لا يجوز له ذلك من غير ضرورة وهو آثم حرج وإنما يجوز له ذلك بشرط الضرورة والأذى الذي ليس بمعتاد والاصل في ذلك قوله تعالى فن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فاشتراط في استباحة ذلك الضرورة والأذى ولذلك قال مالك وإنما أرخص في ذلك للضرورة وكذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب بن عجرة وقد رأى كثرة ما به من القمل وأن ذلك مما يتأذى به فسأله أيؤذيك هو أمك فلما قال نعم قال له اخلق رأسك وأمره بالفدية فعلق اباحته ذلك بالتأذى بالهوام فلا يجوز إلا على ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل علة الإباحة من الخطر والأذى والله أعلم

(فصل) وقول مالك رحمه الله وعلى من فعل ذلك الفدية الظاهر أنه أراد به وإن كان الخلق واللباس والتطيب من المعاني المحظورة لغير ضرورة فإن الفدية تجب على من فعل ذلك ولا يخرج بالخطر والاثم عن وجوب الفدية وإن كان الخالف يمين الغموس لا تجب عليه الكفارة وكذلك قاتل العمد ويحتمل أن يريد به أنه إنما أبيح له فعل شيئ من ذلك للضرورة وأوجب عليه مع ذلك الفدية ليظهر تغليظ المنع وإنما أبيح له بشرط الضرورة وأوجب عليه مع ذلك الفدية فكيف بمن فعله لغير ضرورة

ص ﴿ سئل مالك عن الفدية من الصيام أو الصدقة أو النسك أصاحبه بالخيار في ذلك وما النسك وكم الطعام وبأى مدهوكم الصيام وهل يؤخر شيئاً من ذلك أم يفعله في فوره ذلك فقال مالك كل شيئ في كتاب الله تعالى في الكفارات كذا أو كذا فصاحبه بخير في ذلك أي شيء أحب أن يفعل ذلك فعل قال وأما النسك فشاة وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الطعام فيطعم ستة مساكين لكل مسكين مدان بالمد الأول مد النبي صلى الله عليه وسلم

بالمد الأول مد النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ ش قوله وقد سئل عن فدية الأذى أصاحبه بخير بين الصوم والأطعام والدم إن كل شيئ في كتاب الله تعالى في الكفارات كذا أو كذا فصاحبه بخير

﴿ جامع الفدية ﴾
 ﴿ حدثني يحيى عن مالك فممن أراد أن يلبس شيئاً من الثياب التي لا ينبغي له أن يلبسها وهو محرم أو يقصر شعره أو يمس طيباً من غير ضرورة ليسارة مؤنة الفدية عليه قال لا ينبغي لأحد أن يفعل ذلك وإنما أرخص فيه للضرورة وعلى من فعل ذلك الفدية ﴾ وسئل مالك عن الفدية من الصيام أو الصدقة أو النسك أصاحبه بالخيار في ذلك وما اتنسك وكم الطعام وبأى مدهوكم الصيام وهل يؤخر شيئاً من ذلك أم يفعله في فوره ذلك قال مالك كل شيئ في كتاب الله في الكفارات كذا أو كذا فصاحبه بخير في ذلك أي شيء أحب أن يفعل ذلك فعل قال وأما النسك فشاة وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الطعام فيطعم ستة مساكين لكل مسكين مدان بالمد الأول مد النبي صلى الله عليه وسلم

ذلك جواب السائل عن أكثر مما سأله عنه لأن السائل انما سأله عن فدية الأذى فقط فأجاب عنها وعن غيرها من الكفارات وذلك سائغ للسؤل أن يخص مسألة السائل بالجواب أو يزيدها عليها وذلك بقدر ما يرى من فهم السائل وحاجته إلى ذلك فإذا كان السائل من أهل الفهم ومن يحرص على العلم أجيب بأكثر مما سأل أن أمكن ذلك لأنه عون له على ما يطلبه من العلم وارشاده إلى ما لا يهتدى إلى السؤال عنه وجمع له لكثير من العلم ولعل فيه تقريرا لما يتعلق عليه الحكم الذي يسأل عنه فقد زاده علما مع جوابه عما سأل عنه

(فصل) وقوله ما في كتاب الله تعالى من الكفارات بأوانه على التخيير احتراماً لما ورد لغير التخيير في غير الكفارات من قوله تعالى ولا تطع منهم آثماً أو كفوراً فإن أوهنا ليست للتخيير وانما هي للساواة وفي قوله تعالى وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون ليست للتخيير أيضاً وانما هي للابهام وأما في الكفارات حيث وردت في القرآن فانما هي للتخيير وكذلك وردت في كفارات الإيمان وجزاء الصيد وفدية الأذى

(فصل) وقوله وأما النسك فشاير يداها الذي لا يجوز التقصير عنه وقد قدمنا أنه من أخرج عنها من بهيمة الأنعام بدنة أو بقرة أجزأه وقوله وأما الصيام فتلاثة أيام وأما الاطعام فيطعم ستة مساكين مدين مدين لكل مسكين فعلى ما تقدم في حديث النبي صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله مدين بالمدا الأول مدين النبي صلى الله عليه وسلم فلأنه المد الشرعي ومتى أطلق المدين في الشرع اقتضى ذلك مدين النبي صلى الله عليه وسلم لأنه متصاحب الشرع ومد وقت اثبات الشريعة وقول مالك أنه المد الأول يريد أنه مدين المدينة قبل مدهشام وهو الذي كان يجري في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ص **قال مالك** وسمعت بعض أهل العلم يقول إذا رمى المحرم شيئاً فأصاب شيئاً من الصيد ولم يردده فقتله إن عليه أن يفديه وكذلك الحلال يرمى في الحرم شيئاً فيصيب صيداً لم يردده فيقتله إن عليه أن يفديه لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء **ش** قوله فمن أصاب صيداً لم يردده فقتله إن عليه أن يفديه لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء حكم صحيح وبه قال جمهور الفقهاء غير داود الأصماني فإنه قال لا فدية على من أصاب صيداً خطأ وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن إعادته (مسألة) وما تسبب من فعل المحرم مما لا تدعو المحرم الضرورة العامة إليه فهلك فيه صيد فعليه جزاؤه مثل أن ينصب شركاً للصيد أو يحفر بئراً ليقع فيه سبع فوقع في ذلك صيد فعطب فعليه جزاء ذلك عند ابن القاسم واحتج لذلك بأنه نصب للصيد فكان ضامناً لما وقع فيه بمنزلة من حفر في منزله بئراً للسارق فوقع فيه غير السارق فإن عليه جزاءه ولو حفر للباء فوقع فيه صيد أو غيره لم يكن عليه شيء ولذلك قال ابن القاسم فممن حفر محرماً للباء فعطب فيه الصيد أنه لا شيء عليه

(فصل) وقوله وكذلك الحلال يرمى في الحرم شيئاً فيصيب صيداً لم يردده فيقتله إن عليه أن يفديه يريد أن حكم المحرم في ذلك حكم الأحرام وإن عمده وخطأه في ذلك سواء وعلى ذلك يتفرع ما قدمناه مما يتسبب من فعل المحرم إذا تسبب مثل ذلك من فعل الحلال في الحرم (مسألة) ومن أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل قريباً من الحرم فقتله فقد روى ابن المواز عن أصبغ لا شيء عليه وفي المبسوط وقد قال أصحابنا عليه الجزاء فالقول الأول مبنى على أن ما قرب من الحرم ليس له حكم الحرم في المنع من الصيد إلا من جهة التغيرير فإذا سلم من موافقة المحظور فهو مباح ووجه القول الثاني ما احتج به أن هذا موضع حكمه حكم الحرم لأن ما فيه يسكن يسكن ما في الحرم وينفر بحركته

قال مالك وسمعت بعض أهل العلم يقول إذا رمى المحرم شيئاً فأصاب شيئاً من الصيد لم يردده فقتله إن عليه أن يفديه وكذلك الحلال يرمى في الحرم شيئاً فيصيب صيداً لم يردده فيقتله إن عليه أن يفديه لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء

(مسألة) ومن رمى من الحل صيدا في الحل قريبا من الحرم فأصابه في الحل فتعامل الصيد فدخل الحرم فات فيه فقد قال ابن المواز لا فدية عليه فان كان السهم أنفذ مقاتله أكل وان لم يكن أنفذ مقاتله لم يؤكل ووجه سقوط الفدية عنه انه قد سلم من اصابة الصيد في الحرم فان كانت ذكاته قد كملت في الحل بانفاذه مقاتله أكل وان لم يتم في الحل لم يؤكل ويحیی على قول ابن الماجشون في المبسوط لا يؤكل لان ما قرب من الحرم حكمه حكم الحرم (مسألة) ومن رمى من الحرم صيدا في الحل فأصابه أو رمى من الحل صيدا في الحل الا أن سهمه فأنفذ الى الحرم فقد قال ابن القاسم في المسئلتين لا يأكله وعليه جزاؤه وقال أشهب يأكله ولا جزاء عليه في المسئلتين ووجه قول ابن القاسم ان هذا صيد لم يتخلص من حرمة الحرم فلم يجزأ كله فوجب به الجزاء أصل ذلك اذا كان الصيد في الحرم ووجه قول أشهب ان هذا صيد في الحل فكان اصطياؤه مباحا أصل ذلك اذا كان الصائد في الحل (مسألة) ومن أرسل كلبه أو بانه في الحل على صيد في الحل فاتبعه فأدركه في الحرم فقتله في المدونة ان كان أرسله بقرب الحرم فعليه جزاؤه ولا يؤكل الصيد وان كان أرسله بعيد من الحرم بحيث لا يظن أنه يدخل الحرم فلم يدركه الا في الحرم ففي المدونة من قول مالك لا يؤكل ذلك الصيد ولا جزاء عليه ووجه ذلك انه في المسئلة الاولى غرر فعليه الجزاء وفي المسئلة الثانية لم يغرر فلا جزاء عليه وقد أصيب الصيد في المسئلتين في الحرم فلا يؤكل (مسألة) ومن أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل وأدخله الكلب الحرم ثم أخرجه فقتله في الحل فالصيد لا يؤكل على كل وجه ويعتبر في وجوب الجزاء ما تقدم من قرب الحرم وبعده قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ما تقدم (مسألة) ومن أرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل فقد قال ابن القاسم عليه جزاؤه ولا يؤكل وقال ابن الماجشون له أن يرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل اذا كان الصيد بموضع بعيد من الحرم لا يسكن لسكونه لان الحرم لا يحرم الصائد وانما يحرم الصيد ووجه قول ابن القاسم أن الحرم يمنع الصائد كما يمنع الاحرام ص * قال مالك في القوم يصيبون الصيد جميعا وهم محرمون أو في الحرم قال أرى أن على كل انسان منهم جزاءه ان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم الصيام ومثل ذلك القوم يقتلون ارجل خطأ فتكون كفارة ذلك عتق رقبة على كل انسان منهم أو صيام شهرين متتابعين على كل انسان منهم * قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجرة وحلاق رأسه

* قال مالك في القوم يصيبون الصيد جميعا وهم محرمون أو في الحرم قال أرى أن على كل انسان منهم جزاءه ان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم الصيام ومثل ذلك القوم يقتلون ارجل خطأ فتكون كفارة ذلك عتق رقبة على كل انسان منهم أو صيام شهرين متتابعين على كل انسان منهم * قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجرة وحلاق رأسه

(فصل) وقوله فان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى يريد انه ان كان مثبلا من النعم واختاروا الحكم عليهم بالمثل فعلى كل انسان منهم أن يهدي ذلك في المثل ولو اختار بعضهم الهدى وبعضهم الاطعام وبعضهم الصيام يحكم على كل انسان منهم بما اختار من ذلك بقدر ما كان يحكم عليه به لو انفر د بقتله

(فصل) وقوله وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم صيام يريد ان اختاروا أن يحكم عليهم بالصيام فان الصيام أيضا لا يتبع في حقهم ويحكم على كل انسان من الصيام بما كان يحكم عليه به لو انفر د بقتله وقد فسّر ذلك واحتج له بالقوم يقتلون ارجل خطأ انه يجب على كل واحد منهم كفارة كاملة كما لو انفر د بقتله ص * قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجرة وحلاق

رأسه غير انه لم يفيض ان عليه جزاء ذلك الصيد لان الله تعالى قال واذا حللتم فاصطادوا ومن لم يفيض فقد بقي عليه مس النساء والطيب * ش وهذا كما قال ان من لم يفيض فلم يكمل تحلله بدليل انه ممنوع من النساء والطيب فلا يجوز له الاصطياد لانه انما أبيح له الاصطياد بعد التحلل قال الله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وهذا لم يكمل تحلله بعد فان خرج الى الحل لم يجز له الاصطياد لحرمة احرامه وانما يستباح برعي جرة العقبة ما تجب به الفدية مما ليس من دواعي الاسقتاع من حلق الشعر والقاء التفث واللباس الذي لا يجب به هدى وانما خص من ذلك الطيب لانه من دواعي النكاح والاسقتاع وذلك ممنوع بعد في حقه ص * قال مالك ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء ولم يبلغنا ان أحدا حكم عليه فيه بشئ وبئس ما صنع * ش قوله ليس على المحرم فيما قطع الى آخر الفصل ذكر فيه مسألتين احدهما قوله ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء والثانية قوله وبئس ما صنع فنص على المنع من ذلك وتعلق بذلك مسألة ثالثة وهي تبين الشجر الممنوع قطعه وتمييزه من غيره فأما المسألة الاولى في انه لا يجب به شيء فهو مذهب مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يجب عليه به الجزاء ودليلنا من جهة القياس ان هذا معنى لو أتلفه المحرم في الحل لم يجب عليه جزاء فاذا أتلفه الخلال في الحرم لم يجب عليه جزاء أصله ذبح الدواب (مسألة) وأما المسألة الثانية في المنع من قطع شجر الحرم فهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحتل خلاها ولا يعصد شجرها (مسألة) وأما تبين ما يستباح قطعه من شجر الحرم وتمييزه مما هو ممنوع فان الممنوع منه ما هو من شجر البادية مما لا يملك غالباً وجرت العادة بأن ينبت من غير عمل آدمي كالطلاح والسمر والسعدان وما جرى مجرى ذلك وكذلك سائر أنواع الحشيش الا الاذخر والأصل في ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحتل خلاها ولا يعصد شجرها فقال العباس الا الاذخر يا رسول الله فانه لبصاغتنا وقبورنا فقال صلى الله عليه وسلم الا الاذخر * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والسنا عندى مثله ولم أرفيه نصاً لأصحابنا غير ان الحاجة اليه عامة ولانه لم يزل يؤخذ وينقل الى البلاد على سبيل التساوى ولم ينكره أحد فصح انه مباح وهذا فيما ينبت بنفسه فكان على حكم أصله وأما ما غرس منه واتخذ بالعمل وملكه العامل * قال القاضي أبو الوليد فعندى انه يجوز أخذه وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ذلك ووجه اباحة ذلك عندى انه بمنزلة ما يأنس من الوحش فان الحرم لا يمنع منه (فرع) وأما ما جرت العادة بأنه يملك ويغرس ويعمل كالنخل والرمان والجوز والخوخ وما أشبهها فانه غير ممنوع قطعه وكذلك ما كان يتخذ من البقول وسواء نبت بنفسه أو بصنع آدمي لانه على أصله ويجزى ذلك مجزى الحيوان ما كان أصله التأنيس فانه لا يمنع من اصطياده في الحرم وان توحش ص * قال مالك في الذي يجهل أو ينسى صيام ثلاثة أيام في الحج أو يمرض فيها فلا يصومها حتى يقدم بلده قال ليهدان وجد هديا والا فليصم ثلاثة أيام في أهله وسبعة بعد ذلك غير انه لم يفيض ان عليه جزاء ذلك الصيد لأن الله تبارك وتعالى قال واذا حللتم فاصطادوا ومن لم يفيض فقد بقي عليه مس النساء والطيب والنساء

* قال مالك ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء ولم يبلغنا ان أحدا حكم عليه فيه بشئ وبئس ما صنع * قال مالك في الذي يجهل أو ينسى صيام ثلاثة أيام في الحج أو يمرض فيها فلا يصومها حتى يقدم بلده قال ليهدان وجد هديا والا فليصم ثلاثة أيام في أهله وسبعة بعد ذلك غير انه لم يفيض ان عليه جزاء ذلك الصيد لأن الله تبارك وتعالى قال واذا حللتم فاصطادوا ومن لم يفيض فقد بقي عليه مس النساء والطيب والنساء

(فصل) وقوله بعد ذلك أو يمرض فيه مانص على المرض ليستوعب أقسام التاركين بذلك النسيان والعمد لغير عذر والعمد للعذر الغالب فإنه إذا قدم ببلده يهدي أن وجد هديا وإن عدمه صام على ما تقدم من أن الاعتبار بحال الأداء فإذا كان حال الأداء واجدا للهدى لم يجزه الصوم وإن كان حين الوجوب معسرا وإن كان حين الأداء عادما للهدى أجزأه الصوم

(فصل) وقوله صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة بعد ذلك على ما تقدم من أن صيام المتمتع الذي لا يجزئ الهدى إنما توجه الأمر به إليه في الحج ثلاثة أيام وسبعة بعد الرجوع فن لم يصم حتى يقدم ببلده عادما للهدى فإنه يصوم ثلاثة أيام وسبعة بعد ذلك ومعنى ذلك الفصل بين الثلاثة والسبعة والتقديم لها عليها في الرتبة وقد تقدم من قول أحمد بن المعذل أن الليل فاصل فلم يبق إلا الرتبة في النية وتقدم من معنى قول أصبغ أن ذلك شرط في صحتها ومن قول مالك ما يدل على أن الترتيب قد سقط وجوبه وقوله منها وسبعة بعد ذلك يدل على أن الترتيب إما واجب وإما مستحب (مسئله) وبقي ههنا مسألة فإن كل ما يراعى فيه الفصل بين الثلاثة والسبعة والترتيب في الوقت أو بعده فإنه يجوز صيامه في أيام التشريق عدم المتعة والقرآن وما لا يراعى فيه الفصل أو الترتيب في الوقت إنما يجب صيام عشرة أيام أو غير ذلك من الصوم فإنه لا يصام في التشريق والعاشر عن المشي وصيام فدية الأذى فإنه لا يجوز صوم شيء من ذلك في أيام التشريق

﴿ جامع الحج ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عيسى بن طلحة عن عبد الله بن عمرو بن العاصي أنه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمكة والناس يسألونه فجاءه رجل فقال له يا رسول الله لم أشعر فخلقت قبل أن أنحر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله لم أشعر فقهرت قبل أن أرمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرم ولا حرج قال فاستل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء قدم ولا أخر إلا قال افعل ولا حرج ﴿ ش وقوله وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمكة يحتمل أنه وقف ليعلم الناس دينهم ويحييهم عن مسائلهم فقد علم أنه وقت سؤال يسئله في ذلك الوقت السائل عما فاته من حجه وعما أدرك وعما قدم وأخر ويسئله قوم عن المستقبل بمكة وروى أن ذلك كان يوم النحر بمكة

(فصل) وقوله فجاءه رجل فقال لم أشعر فخلقت قبل أن أنحر يحتمل وجهين أحدهما أن يريد به نسيت فقد مت الحلاق عليه وهو الأصح وكذلك رواه ابن جريج عن عيسى بن طلحة عن عبد الله بن عمرو وحديثه أنه شهد النبي صلى الله عليه وسلم يخطب يوم النحر فقام إليه رجل فقال اني كنت أحسب أن كذا قبل كذا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أنحر ولا حرج يحتمل أن يريد لاثم عليك لأن الحرج الاثم ومعظم سؤال السائل إنما كان عن ذلك خوفا من أن يكون قد آثم فاعلمه النبي صلى الله عليه وسلم أن لا حرج عليه إذ لم يقصد المخالفة وإنما أتى ذلك عن غير علم ولا قصد مع خفة الأمر وإنما هو ترتيب مستحب لا تبطل العبادة بخالفته ولا تؤثر فيها نقصا

(فصل) وقوله فاستل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء قدم ولا أخر إلا قال افعل ولا حرج لا يقتضي إباحة ذلك لأنه إنما سأل عن فعل ذلك جهلا وقدين الترتيب في الحج فكان ذلك هو

﴿ جامع الحج ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن ابن شهاب عن عيسى

ابن طلحة عن عبد الله بن

عمرو بن العاصي أنه قال

وقف رسول الله صلى الله

عليه وسلم للناس بمكة

والناس يسألونه فجاءه

رجل فقال له يا رسول الله لم

أشعر فخلقت قبل أن أنحر

فقال رسول الله صلى الله

عليه وسلم أنحر ولا حرج ثم

جاءه آخر فقال يا رسول

الله لم أشعر فقهرت قبل

أن أرمي قال أرم ولا حرج

قال فاستل رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن

شيء قدم ولا أخر إلا قال افعل

ولا حرج

المشروع ولا يقتضى ذلك رفع الحرج في تقديم شيء ولا تأخير عن المستثنين المنصوص عليهما لاتنا لا ندري عن أى شيء غيرهما سئل في ذلك اليوم وجوابه انما كان عن سؤال السائل فلا يدخل فيه غيره كما لا يدخل في قوله انحر ولا حرج ارم ولا حرج غير ذلك مما لم يسئل عنه ولم يجب فيه والله أعلم
ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من غزو أوحج أو عمرة يكبر على كل شرف من الأرض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير آيئون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده * ش قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قفل من حج أو غزو أو عمرة يريد يرجع الى المدينة موضع استيطانه ومقامه والقول هو الاياب ولا يسمى المتوجه من بلده قافلا وانما يسمى بذلك الرجوع اليه فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رجع الى المدينة من سفر وانما كانت السفارة في أحده هذه الوجوه الثلاثة غزو أو حج أو عمرة فكان يكبر على كل شرف من الأرض تعظيما لله ومواظبة على ذكره وإظهار الكلمة وانما كان يخص بذلك الشرف لان منه يرى من الأرض ما يقع عليه بصره فكان يستحب أن يفعل ذلك أول ما يرى من الأرض مما فتحه الله عليه ويستقبله بالتكبير والتعظيم ولان ما شرع فيه الاعلان من الذكر فالأحق به ماعلام من الأرض كالأذان والتلبية لان في ذلك اظهار اللذ كر وفي تخصيص المطمان به من الأرض ضرب من التستر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا اله الا الله اظهار للتوحيد واعلام به واستدانة للإيمان به وقوله له الملك وله الحمد تخصيص له بالملك والحمد لان الألف واللام في كل واحد منهما للجنس فجعل جنس الملك وهو جميعه لله تعالى لانه لا ملك الا حده على الحقيقة الا اله وجعل جميع الحمد لله عز وجل فان أحدا لا يستحق الحمد على الحقيقة سواه وانما يحمد غيره لما أمر الله أن يحمد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم على كل شيء قدير اعلام انه هو القدير على ما كان يعدهم به من نصر عبده وإظهاره على الدين كله واذكارهم بما أخبرهم به من عظيم قدرته تعالى وانه لا يغلب من نصره ولا ينصر من حاربه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم آيئون تائبون يريد صلى الله عليه وسلم انه ومن كان معه من الصحابة الكرام آيئون من سفرهم تائبون لله تعالى من كل ما نهى عنه عابدون له دون من سواه ساجدون له حامدون على ما تفضل به عليهم من النصر والتأييد والحفظ في السفر والعون عليه والتوفيق للصواب في جميعه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم صدق الله وعده يريد الله أعلم انه الصادق في وعده لرسوله صلى الله عليه وسلم بنصره وتأييده وعصمته من الناس ونصر عبده ورسوله وهزم الأحزاب وحده يريد صلى الله عليه وسلم انه تعالى المنفرد باعزاز دينه وإهلاك عدوه وغلبة الأحزاب ويحتمل أن يريد به في سائر الأيام والمواطن والله أعلم ص * مالك عن ابراهيم بن عقبة عن كريب مولى عبد الله بن عباس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بامرأة وهى في محقتها فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت بضبعي صبي كان معها فقالت ألهذا حج يا رسول الله فقال نعم ولك أجر * ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بامرأة وهى في محقتها ذكر ان ذلك في حجة الوداع فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كانت فحين آمن به ولم تره ولم تعرف عينه

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من غزو أو حج أو عمرة يكبر على كل شرف من الأرض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير آيئون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده * وحدثنى عن مالك عن ابراهيم بن عقبة عن كريب مولى عبد الله بن عباس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بامرأة وهى في محقتها فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت بضبعي صبي كان معها فقالت ألهذا حج يا رسول الله فقال نعم ولك أجر

فلذلك أخبرت به

(فصل) وقولها في الصبي ألها حج سؤال عن حكم الصبي ان كان ممن تصح منه هذه العبادة وانما أرادت به الحج المشروع على سبيل التدب والاستعجاب ولذلك قال لها نعم ولك أجر يريد والله أعلم في عونه على ذلك (مسألة) والصبيان على ضربين ضرب يفهم ما يؤمر به وضرب يصغر عن ذلك فلا يفهم ما يؤمر به ولا ينتهي عما نهى عنه فاما الاول فروى ابن المواز وابن وهب عن مالك لا يحج بالرضيع وأما ابن أربع سنين وخمس فنعى وهذا انما هو على الاستعجاب وان أحرم به وألزم الاحرام لزمه وان كان صغيرا جدا لا يفهم فقد قال في المبسوط في الصبي الذي لا يتكلم من صغره لم يلزمه ولا يمكن يجرد فاذا جرد ونودي بتجريد اياه الاحرام فهو محرم ووجه ذلك عندى ان الرضيع لا يفهم ولا يمثل ما يؤمر به ولا يزدجر عما نهى عنه فكان كالمغمى عليه مع ما يلحقه من المشقة بالاحرام (مسألة) فان كان ممن يستطيع الطواف والسعي بأشرف ذلك بنفسه وان كان لا يستطيع ذلك لضعفه أو لانه لا يفهمه طاف به من حج به ووجه ذلك اننا اذا جاوزنا احرامه وألزمناه إياه كان ممن مقتضاه الطواف والسعي وكان لا يطيق ذلك ولا بد أن يضوف به غيره وفي ذلك مسائل وذلك أن مناسك الحج أفعال وسعي فاما الأفعال فتقسم الى قسمين كما ينقسم السعي الى قسمين فاما القسم الاول من الأفعال فله تعلق بالبيت ويفتقر الى طهارة كركعتي الفجر فهذا القسم لا يدخله النيابة ولا يفعله أحد من كبير ولا صغير ولا يفعله كسائر الصلوات ولا يلزم على هذا المستأجر على الحج لاننا اذا قلنا ان الحج انما هو حج المباشرة له فاما للمستأجر عنه نفقته فان المصلي اتم ما يركع عن نفسه فليس في ذلك نيابة عن أحد وان قلنا ان الحج عن الحجوج عنه فلا يلزمنا أيضا لان المباشرة للحج لما دخل فيه لزمه جميع أفعاله وهو المطلوب بها ولذلك يلزمه الاحرام وغير ذلك من أفعال الحج ويلزمه الامساك عن الصيد وغير ذلك من محظورات الاحرام وانما كلامنا في منسك واحد من مناسك الحج أو العمرة يفعله أحد عن أحد ألا ترى أن غير ذلك من مناسك الحج المفردة يفعلها عن غيره أو بغيره من هو محرم بالحج ولا يصح أن يحج أحد عن أحد من هو محرم عن نفسه بالحج فبان الفرق بينهما (مسألة) وأما القسم الثاني من الأفعال فلا يفتقر الى طهارة ولا تعلق له بالبيت كرمي الجمار فهذا تدخله النيابة للضرورة الا أنه لما كان من الأفعال لم يجز أن يفعله النائب عن نفسه وعن المستنيب فعلا واحدا ولكن يفعله عن نفسه ثم يفعله عن المستنيب ثانية والكلام فيه في فصلين أحدهما انه لا ينوب فيه فعل واحد عن عبادة رجلين والثاني انه يجب أن يتقدم فعل النائب عن نفسه قبل أن يفعله عن غيره والدليل على انه لا ينوب فعل واحد عن نسك رجلين ان النائب قد لزمه هذا الفعل عن نفسه كاملا على وجهه فلم يجز أن ينوب عن فعل غيره لانه لا يفعله حينئذ عن نفسه على ما قد لزمه ووجه ثان ان فعله عن نفسه فرض لانه قد لزمه باحرامه وفعله عن غيره تطوع ولا يجوز أن يكون فعل واحد يقضى به الفرض والتطوع (مسألة) وأما السعي فانه ينقسم الى قسمين القسم الاول يفتقر الى الطهارة وله تعلق بالبيت كالطواف فهذا يجوز أن يفعله الانسان عن عجز عنه لصغره ولا يجوز أن ينوب عنه فيه جملة لان له تعلقا بالبيت ويفتقر الى الطهارة كالصلاة وانما جاز أن يفعله به لان ذلك من باب الجمل له ويجوز أن يفعله الانسان راكبا للعدو فالجمل فيه من هذا الباب ولا يجوز أن يفعله عن نفسه وعن غيره في طواف واحد لتعلقه بالبيت وافتقاره الى الطهارة ولأنه قد لزمه فرضه فلا يجوز أن يؤدي بفعل واحد فرضا وتطوع به (مسألة) والقسم الثاني من السعي لا تعلق له بالبيت ولا يفتقر الى طهارة

* وحدثني عن مالك عن
ابراهيم بن أبي عبلة عن
طلحة بن عبيد الله بن كرز
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال ما روى
الشیطان يوما هو فيه
أصغر ولا أدر ولا أحقر
ولا أغنيظ منه في يوم عرفة
وما ذاك إلا لما رأى من
تنزل الرحمة وتجاوز الله
عن الذنوب العظام إلا
ما رأى يوم بدر قيل وما
رأى يوم بدر يارسول الله
قال أما إنه رأى جبريل يزعم
الملائكة * وحدثني عن
مالك عن زياد بن أبي زياد
مولى عبد الله بن عياش
ابن أبي ربيعة عن طلحة
ابن عبيد الله بن كرز أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال أفضل الدعاء دعاء
يوم عرفة وأفضل ما قلت
أنا والنبيون من قبلي لا إله
إلا الله وحده لا شريك له
* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن أنس بن
مالك أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم دخل مكة
عام الفتح وعلى رأسه المغفر
فما نزعه جاءه رجل فقال
له يارسول الله ابن خطل
متعلق باستار الكعبة فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم اتلوه قال مالك ولم يكن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم يومئذ محرما والله أعلم

كالسعي بين الصفا والمروة والوقوف بعرفة والمزدلفة فهذا يجوز أن يفعله عن نفسه ولغيره في مرة واحدة لأنه عمل لا يقتصر إلى الطهارة ولا يتعلق بالبيت كالحمل له إلى منى وعرفة ص * مالك
عن ابراهيم بن أبي عبلة عن طلحة بن عبيد الله بن كرز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما روى
الشیطان يوما هو فيه أصغر ولا أدر ولا أحقر ولا أغنيظ منه في يوم عرفة وما ذاك إلا لما رأى
من تنزل الرحمة وتجاوز الله عن الذنوب العظام إلا ما رأى يوم بدر قيل وما رأى يوم بدر يارسول الله
قال أما إنه رأى جبريل يزعم الملائكة * ش قوله صلى الله عليه وسلم ما روى الشيطان يوما هو
فيه أصغر يحتمل أن يريد الصغار والخرى والذل ويحتمل أن يريد به تضاوله وصغر جسمه وأن
ذلك يصيبه عند نزول الملائكة واغضاب نزولها له وقوله ولا أحقر يحتمل الوجهين المتقدمين في
أصغر وقوله ولا أغنيظ من الغيظ الذي يصيبه في يوم عرفة

(فصل) وقوله وما ذاك إلا لما رأى من تنزل الرحمة وتجاوز الله عن الذنوب العظام يحتمل أن
يكون منزل الرحمة التي يراها أنه يرى الملائكة ينزلون على أهل عرفة قد عرف الشيطان أنهم
لا ينزلون إلا عند الرحمة لمن ينزلون عليه ولعل الملائكة يذكرن ذلك إما على وجه الذكر بينهم أو
على وجه الاغاطة للشیطان لعنه الله ويخلق الله للشیطان ادراكا يدرك به نزولهم ويدرك به
ذكرهم لذلك ولعله يسمع منهم اخبارهم بأن الله تعالى قد تجاوز لأهل الموقف عن جميع ذنوبهم
وعما يوصف بالعظم منها ويحتمل أن ينص على ذلك ويحتمل أن يخبر به عنه بخبر يفهم منه
المعنى وإن لم ينص على نفس المعصية ستر من الله تعالى على عباده المغفور لهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم إلا ما رأى يوم بدر وذكر أنه رأى الشيطان جبريل عليه السلام
يزعم الملائكة يعني والله أعلم بمنعها مما أمر أن يمنعها منه ويقتضى ذلك أن تكون ملائكة نزلت
بالرحمة على أهل بدر مع النصر الذي نصرهم الله به على أعدائهم وكان الشيطان أدركه الصغار
والغيظ يوم بدر لما رأى من الرحمة مع النصر ويحتمل أن يكون ذلك أصابه لما رأى من النصر
وإن لم يدرك معنى الرحمة التي أنزلت عليهم فأدركه الصغار والغيظ لما رأى من ظهور الإيمان وغلبة
الحق ص * مالك عن زياد بن أبي زياد مولى عبد الله بن عياش المخزومي عن طلحة بن عبيد
الله بن كرز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلت أنا
والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له * ش قوله صلى الله عليه وسلم أفضل الدعاء دعاء
يوم عرفة يريد صلى الله عليه وسلم أنه أكثر ثوابا للداعي وأقرب إلى الاجابة فإن الفضل للداعي إنما هو
في كثرة الثواب وكثرة الاجابة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له
يريد والله أعلم أنه أكثر ثوابا من غيره من الأذكار ويحتمل أن يريد أنه أفضل ما دعا إليه إلا أن
الاول أظهر لأنه أورد ذلك في تنضيل الأذكار بعضها على بعض ويحتمل أن يخص هذا الدعاء بأنه
أفضل ما دعا به هو والنبيون قبله يعني أن الأنبياء صلوات الله عليهم يدعون بأفضل الدعاء ويهدون
إليه فإذا كان أفضل دعائهم فهو أفضل الدعاء ص * مالك عن ابن شهاب عن أنس بن مالك أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر فما نزعه جاءه رجل فقال له
يارسول الله ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتلوه قال مالك ولم
يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ محرما والله أعلم * ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر يقتضى أحداً من إمامنا أن يكون غير محرم فذلك غطى رأسه بالمغفر وهو الأظهر لأنه لم ير واحداً أنه تحلل من احرام وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال وإنما أحلت لي ساعة من نهار فعلى أن دخول مكة على غير احرام خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم ولهذا قال مالك ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ محرماً وقد كان يحتمل أن يكون غطى رأسه لأدى اضطره إلى ذلك واقتدى لو ثبت أنه دخل مكة محرماً ودخول مكة على ثلاثة أضرب أن يريد دخولها للنسك في حج أو عمرة فهذا لا يجوز أن يدخلها الا محرماً فان تجاوز الميقات غير محرم ثم أحرم فعليه دم والضرب الثاني أن يدخلها غير مرتد للنسك وانما يدخلها الحاجة تتكرر كالخطابين وأصحاب الثوا كهؤلاء لا يجوز لهم دخولها غير محرمين لان الضرورة كانت تلحقهم بالاحرام متى احتاجوا إلى دخولها لتكرار ذلك والضرب الثالث أن يدخلها للحاجة وهي مما لا تتكرر فهذا لا يجوز له أن يدخلها الا محرماً لانه لا ضرر عليه في احرامه وان دخلها غير محرم فهل عليه دم أولاً الظاهر من المذهب أنه لا شيء عليه وقد أساء

(فصل) وقوله فما نزع المغفر جاءه رجل فقال يا رسول الله بن خطل متعلق بأستار الكعبة بن خطل هو عبد الله بن خطل فيحتمل أن يكون عرفه حينئذ لما أزال المغفر عن رأسه ويحتمل أن يكون وافق نزع المغفر محيى الرجل واخبره وكان تعلق ابن خطل بأستار الكعبة استجارة بها فانه كان ممن يؤذى النبي صلى الله عليه وسلم وأن النبي صلى الله عليه وسلم آمن كل من ألقى السلاح ودخل دار أبي سفيان الا عبد الله بن خطل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم افتلوه دليل على أنه لم تنفعه استجارته بالبيت والحرم لما أوجب الله تعالى عليه من سفك دمه وهكنا كل من وجب عليه سفك دمه لقصاص أو غيره يقتل في الحرم وسيأتي ذكره في كتاب الجنائيات ان شاء الله تعالى ص (مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى إذا كان بقديد جاءه خبر من المدينة فرجع فدخل بغير احرام * وحدثني مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك * ش قوله أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة يحتمل أنه كان يريد المدينة لأن قديد ما بين مكة والمدينة فورد عليه بقديد خبر من المدينة وذلك الخبر الذي ورد عليه يقتضى أن يكون اقتضى رجوعه إلى مكة لا متناع وصوله إلى المدينة ويحتمل أن يكون اقتضى رجوعه إلى مكة ليخرج إلى المدينة على غير الصفة التي كان خرج عليها أو ليستصحب مالم يكن استصعبه أو ليقدم مالم يكن يقدمه (فصل) وقوله فدخل مكة بغير احرام قد تقدم ذكر الدخول إلى مكة بغير احرام ابتداء وما يلزم فيه من الاحرام وما يجوز منه بغير احرام والكلام ههنا في الرجوع إلى مكة لحاجة نسبية ولقصته ذكرها وهو لا يريد نسكاً ولا مقاماً بها وانما يريد أختاماً نسبية ثم يخرج عنها فان هذا عندى مثل من طاف طواف الوداع ثم رجع ص (مالك عن محمد بن عمرو بن حلحلة الديلي عن محمد بن عمران الأنصاري عن أبيه أنه قال عدل إلى عبد الله بن عمر وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة فقال ما أنزلت تحت هذه السرحة فقلت أردت ظلمها فقال هل غير ذلك فقلت لا ما أنزلت الا ذلك فقال عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كنت بين الأخشبين منى ونفخ بيده نحو المشرق فان هناك وادياً يقال له السرر به شجرة سر تحتها سبعون نبياً

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى إذا كان بقديد جاءه خبر من المدينة فرجع فدخل مكة بغير احرام * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك * وحدثني عن مالك عن محمد بن عمرو بن حلحلة الديلي عن محمد بن عمران الأنصاري عن أبيه أنه قال عدل إلى عبد الله بن عمر وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة فقال ما أنزلت تحت هذه السرحة فقلت أردت ظلمها فقال هل غير ذلك فقلت لا ما أنزلت الا ذلك فقال عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كنت بين الأخشبين منى ونفخ بيده نحو المشرق فان هناك وادياً يقال له السرر به شجرة سر تحتها سبعون نبياً

* وحدثني عن مالك عن
عبد الله بن أبي بكر بن
حزم عن ابن أبي مليكة أن
عمر بن الخطاب مر بامرأة
مجنونة وهي تطوف
بالبيت فقال لها يا أمة الله
لا تؤذي الناس لو جلست
في بيتك فجلست فمر بها
رجل بعد ذلك فقال
لها ان الذي كان قد نهك
قد مات فخرجي فقالت
ما كنت لأطيعه حيا
وأعصيه ميتا * وحدثني
عن مالك أنه بلغه أن عبد
الله بن عباس كان يقول
ما بين الركن والباب الملتزم
* وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن محمد بن
يحيى بن حبان أنه سمعه
يذكر أن رجلا مر على
أبي ذر باربعة وأن أبا ذر
سأله أين تريد فقال أردت
الحج فقال هل نزعك غيره
فقال لا قال فانتف العمل
قال الرجل فخرجت حتى
قدمت مكة فسكرت ماشاء
الله ثم اذا بالناس منقصبين
على رجل فضاغط عليه
فاذا أنا بالشيخ الذي
وجدت بالربعة يعني أبا
ذر قال فلما رأيته عرفني
فقال هو الذي حدثك

العلم ولعل ابن عمر قد قصد مع ذلك التبرك بالوصول إليها وذكر الله عندها لما كان عنده من علم فضلها ان كانت السرحة معينة عنده أولظنه انها تلك لعدم مثلها في تلك الجهة أو لعله رجا أن يكون عند عمران الانصاري علم بعينها والله أعلم

(فصل) وقوله ما أنزلت تحت هذه السرحة اختبار الماعند عمران الانصاري في ذلك فاما قال أردت ظلها استغفمه ان كان افترن بذلك غرض آخر من تبرك بها أو معرفة شيء مما يرجى عندها فانه يجتمع فيها الأمران لمن قصد ذلك ونواه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اذا كنت بين الأخشبين من منى الأخشبان الجبلان وهذا يدل على أن طريق عمران الى مكة أو من مكة كان على منى امالانه كان واردا من اليمن أو السراة أو لانه جعل طريقه من المدينة على تلك الجهة

(فصل) وقوله ونفخ بيده يريدا أشار ولعله راد البعد عن الموضع الذي كان به حين أشار

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فان هناك وادي يقال له السرر به سرحة سر تحتها سبعون نبيا يحتمل أن يكون الوادي يسمى السرر بذلك وانما أعلم بذلك صلى الله عليه وسلم فيما ظهر الى والله أعلم لفضل الذي ذكر عندها لمن مر بها ورجاء اجابة الدعاء وتنزل الرحمة عندها ص **﴿مالك﴾** عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن ابن أبي مليكة أن عمر بن الخطاب مر بامرأة مجذومة وهي تطوف بالبيت فقال لها يا أمة الله لا تؤذي الناس لو جلست في بيتك فجلست فترت بها رجل بعد ذلك فقال لها ان الذي كان هناك قد مات فانرجى فقالت ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا **﴿ش﴾** قوله للمرأة المجذومة الطائفة بالبيت يا أمة الله لا تؤذي الناس على سبيل ارفق بها في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عرض عليها بارفق ما أو ارفق بها فأطاعته وقولها ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا تريد أنها انما أطاعته لانه أمرها بالحق وذلك يوجب عليها امتثال ما أمر به في كل وقت في حياته وبعد موته ص **﴿مالك﴾** أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما بين الركن والباب الملتزم **﴿ش﴾** قوله ما بين الركن يريدا الركن الأسود وفيه الحجر وبين الباب يريدا باب البيت الملتزم ومعنى ذلك التزام البيت والتعذبه وموضع الدنيا والوقوف ص **﴿مالك﴾** عن يعقوب بن سعيد عن محمد بن يعقوب بن حبان أنه سمعه يذكر أن رجلا مر على أبي ذر باربعة وان أبادر سألته أين تريد فقال أردت الحج فقال هل نزعتك غيره فقال لا قال فائتلف العمل قال الرجل فخرجت فقدمت مكة فكنيت ما شاء الله ثم اذا أنا بالناس منقصين على رجل فضاغطت عليه الناس فاذا أنا بالشيخ الذي وجدت باربعة يعني أبادر قال فلما رأيته عرفني فقال هو الذي حدثت **﴿ش﴾** قوله ان رجلا مر على أبي ذر باربعة لانه كان نزها من عثمان رضي الله عنه فقال أبوذر للرجل أين تريد فقال أردت الحج فقال له أبوذر هل نزعتك غيره أي هل حملك على سفرك هذا غيره من قصد حاجة أو تجارة أو نكاح أو غير ذلك من الأغراض فقال له الرجل لا قال فائتلف العمل ولذلك لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه يريد والله أعلم انه لا ذنب له لان ما أتى به من العمل قد كفر سائر ذنوبه فصار كيوم ولدته أمه لا ذنب له والله أعلم

(فصل) وقوله فكنيت ما شاء الله يستعمل ذلك في المدة الطويلة قال ثم اذا أنا بالناس منقصين على رجل يريد متراجين عليه يقصف بعضهم بعضا من شدة تراحمهم فضاغطت عليه يريد انه ضايق الناس حتى وصل الى النظر اليه فاذا أنا بالشيخ الذي وجدته باربعة يريد أبادر اذا قال له ائتلف العمل

فلما رآه أبوذر عرفه ويقتضى ذلك انه ذكر ما كان أخبره به من أنه يأتنف العمل من خرج الى الحج لا يخرج غيره

(فصل) وقول أبي ذر هو الذي حدثك تذكره بما جرى وثبات على قوله وتحقيق الامر عنده وتعيين له بتكرره على ذلك الحج ان كان ذلك بمكة ص * مالك أنه سأل ابن شهاب عن الاستثناء في الحج فقال أو يصنع ذلك أحد وأنكر ذلك * ش قوله الاستثناء في الحج يريد أن يشترط أن يتحلل حيث أصابه مانع وذلك غير جائز عند مالك وأكثر العلماء ص * سئل مالك هل يحتش الرجل لدابته من الحرم شيئا فقال لا * ش وهذا كما قال أن لا يحتش أحد في الحرم لدابته ولا لغير ذلك الا الاذخر الذي أباحه النبي صلى الله عليه وسلم والاحتشاش جمع الحشيش والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في مكة لا يعضد شجرها ولا يختلي خلاها والخلي ما يبس من النبات والحشيش فقال العباس الا الاذخر يارسول الله فانه لصاغتنا وقبورنا فقال الا الاذخر وقد قيس عليه السنا للحاجة العامة اليه كالاذخر (مسئلة) ومن احتش في الحرم فلا جزاء عليه وقال الشافعي عليه القيمة وقد تقدم ذكره ولا بأس أن يرعى الابل في الحرم والفرق بينه وبين الاحتشاش أن الاحتشاش تناول قطع الحشيش وارسال البهائم للرعى ليس بتناول لذلك وهذا لا يمكن الاحتراز منه ولو منع منه لامتنع السفر في الحرم والمقام فيه لتعذر الامتناع منه والتعزز والله أعلم وأحكم

* حج المرأة بغير ذي محرم *

ص * قال مالك في الصرورة من النساء التي لم تحج قط انها ان لم يكن لها ذو محرم يخرج معها أو كان لها فلم يستطع أن يخرج معها انها لا تترك فريضة الله عليها في الحج ولتخرج في جماعة النساء * ش وهذا كما قال ان المرأة لا يسقط عنها فرض الحج الذي فرض عليها اذا اجتمعت شروط الوجوب والاداء بعدم ذي محرم يخرج معها واذا وجدت جماعة نساء يخرجن خرجت معهن ولزمها ذلك وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تخرج الامع ذي محرم الا أن يكون بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام بلياليها والدليل على ما نقوله قوله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وهذا عام في التي تجب اذا محرم وفي التي تعدمه فيحمل على عمومها لا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذه مسافة يجب قطعها فلم يكن من شرط وجوب قطعها وجود ذي رحم كما لو كان بينها وبين مكة ليلتان (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم حجة الفريضة وأما حجة التطوع منه فروى ابن حبيب لا تخرج فيه الامع ذي محرم خلاف حجة الفريضة ووجه رواية ابن حبيب حديث أبي سعيد الخدري لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذي محرم منها وهذا سفر غير واجب فلم تخرج اليه الامع ذي محرم أصل ذلك سائر الاسفار التي لا تجب ولا تؤمن (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد ذكره مالك أن يخرج بها ابن زوجها وان كان ذا محرم منها * قال الامام أبو الوليد ووجه ذلك عندي ما ثبت للربائب من العداوات وقلة المراعاة في الغلب فلا يحصل لها منه الا شفاق والستر والحرص على طيب الذكر (مسئلة) ولعل هذا الذي ذكره بعض أصحابنا انما هو في حال الانفراد والعدد اليسير فأما القوافل العظيمة والطرق المشتركة العامة المأمونة فانها عندي مثل البلاد التي يكون فيها الاسواق والتجار فان الامن يحصل لها دون ذي محرم ولا امرأة وقد روى هذا عن الازاعي

* وحدثنى عن مالك انه سأل ابن شهاب عن الاستثناء في الحج فقال أو يصنع ذلك أحد وأنكر ذلك * سئل مالك هل يحتش الرجل لدابته من الحرم فقال لا

* حج المرأة بغير ذي محرم * قال مالك في الصرورة من النساء التي لم تحج قط انها ان لم يكن لها ذو محرم يخرج معها أو كان لها فلم يستطع أن يخرج معها انها لا تترك فريضة الله عليها في الحج وتخرج في جماعة النساء

إذا ثبت ذلك في هذا ثلاثة أبواب * أحدها في بيان ما يجوز للمرأة أن تخرج فيه بغير إذن زوجها ولا يجوز له أن يحلها * والثاني في بيان ما لا يجوز لها أن تخرج إلا بإذن زوجها ويكون له أن يحلها * والباب الثالث فيما يلزمها إذا حلها

* صيام المتمتع *

ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها كانت تقول الصيام لمن تمتع بالعمرة إلى الحج لمن لم يجده هديا ما بين أن يهل بالحج إلى يوم عرفة فان لم يصم صام أيام منى * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول في ذلك مثل قول عائشة رضي الله تعالى عنها * ش قولها رضي الله تعالى عنها الصيام لمن تمتع بالعمرة إلى الحج لمن يجده هديا ما بين أن يهل بالحج إلى يوم عرفة تريد والله أعلم أنه إذا أهل بالحج فقد لزمه الهدى فان عدمه جازله الصيام وأما قبل أن يهل بالحج ولم يجب عليه هدى فلا يجوز له أن يصوم قبل أن يجب عليه كما لا يجوز له أن ينحر هدى المتمتع حينئذ

(فصل) وقولها رضي الله عنها فان لم يصم إلى يوم عرفة صام أيام منى وهي أيام التشريق الثلاثة التي تلي يوم النحر وهذا اللفظ يقتضي صحة الصوم من وقت يحرم بالحج المتمتع إلى يوم عرفة وان ذلك مبدأ أمالانه وقت الاداء وما بعد ذلك من أيام منى وقت القضاء وأمالان في تقديم الصيام قبل التكراراء للذمة وذلك مأموربه وأمالان صيه ما قبل يوم النحر مباح لمن يريد الصوم وصيام أيام منى ممنوع فانما يباح الصوم فيها للضرورة من لم يصم قبل ذلك ليكون صومه في حجه امثالا لقوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج وما بعد أيام منى فليس محلا لهذا الصوم على وجه الاداء لان ما بعد أيام منى لا يكون الصوم فيها في الحج وقد قال أصحاب الشافعي ان صيام أيام منى انما هو على وجه القضاء والظاهر من المذهب انه على وجه الاداء وان كان الصوم قبلها أفضل كوقت الصلاة الذي فيه سعة للاداء وان كان أوله أفضل من آخره والله أعلم (فرع) وقد تقدم انه لا يصوم اليومين الأولين من أيام التشريق الا المتمتع الذي لا يجده هدى لضرورة أن يقع صومه في الحج وأمالان اليوم الثالث فانه يصومه من نذره والفرق بينهما ان اليوم الثالث لا يتحقق بالحج لانه قد يترك الحاج المقام فيه بمنى ويترك الرمي والمبيت وأمالان اليومين الأولين فتحققان بالحج لا يجوز لمن حج أن يترك لهما المبيت ولأن يترك الرمي والقيام فيهما بمنى فلذلك افرق حكمهما والله أعلم * ثم كتاب الحج بحمد الله وعونه

* بسم الله الرحمن الرحيم *

* كتاب الضحايا *

* ما ينهى عنه من الضحايا *

* صيام المتمتع *
* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن عروة
ابن الزبير عن عائشة أم
المؤمنين أنها كانت تقول
الصيام لمن تمتع بالعمرة
إلى الحج لمن لم يجد هديا
ما بين أن يهل بالحج إلى
يوم عرفة فان لم يصم صام
أيام منى * وحدثني عن
مالك عن ابن شهاب عن
سالم بن عبد الله عن عبد
الله بن عمر أنه كان يقول
في ذلك مثل قول عائشة
رضي الله تعالى عنها

بسم الله الرحمن الرحيم

* كتاب الضحايا *

* ما ينهى عنه من الضحايا *

* حدثني يحيى عن مالك عن

عمرو بن الحارث عن عبيد

ابن فيروز عن البراء بن

عازب أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم سئل ماذا

يتقى من الضحايا فأشار

بيده وقال أربعا وكان

البراء يشير بيده ويقول

يدى أقصر من يد رسول

الله صلى الله عليه وسلم

العرجاء البين ظلعها

والعوراء البين عورها

والمریضة البين مرضها

والعجفاء التي لاتتنقى

* مالك عن عمرو بن الحارث عن عبيد بن فيروز عن البراء بن عازب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربعا وكان البراء بن عازب يشير بيده ويقول يدى أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين ظلعها والعوراء البين عورها والمریضة البين مرضها والعجفاء التي لاتتنقى * ش قوله سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا يتقى من

الضحايا دليل على ان الضحايا عنده صفات يتق بها ولا يتق بعضها ولولم يعلم انه يتق منها شيء لسأله هل يتق من الضحايا شيء أم لا والذي يتق من الضحايا على ضربين ضرب يتعلق به عدم الاجزاء وضرب تتعلق به الكراهة وقد ذكر صلى الله عليه وسلم صفات جامعة للعاني التي تتق من جهة النص ومن جهة السنة وجمع ذلك في أربع صفات ليسهل على السائل حفظ جواب ما سأل عنه وأشار بيده ليكون في ذلك تذكرة له ومنع من النسيان

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين ظلمها دليل على أن العرج على ضربين ضرب يمنع الاجزاء وضرب لا يمنع فأما ما يمنع الاجزاء فقد قال الشيخ أبو القاسم في تعريفه العرجاء البين ظلمها هي الشديدة العرج التي لا تلحق الغنم فهذه التي لا تجزى * وقال أبو حنيفة تجزى * ودليلنا على ذلك الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها ولا شك أن العرجاء تمشي وأما التي لا تمشي فلا يقال فيها عرجاء لان العرج من صفات المشي ومن جهة القياس انها مريضة فوجب أن لا تجزى * أصله المريضة البين مرضها وأما العرج الذي لا يمنع الاجزاء فهو العرج الخفيف روى ابن حبيب عن مالك انه استخفها اذا لم يمنعها أن تسير سير الغنم وذلك صحيح لان عرج هذه ليس ببين وانما يكون حينئذ عرجا خفيفا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والعوراء البين عورها يريد والله أعلم التي ذهب بصرا حدى عينها يقال عارت العين تعار وعورت اذا ذهب بصرها ويقال عين عوراء ولا يقال عمية والشاة اذا عورت احدى عينها مع بقائها لا ينقص ذلك من لحمها وانما تنقص بعض خلقها عن حل السلامة والتمام بمعنى طارى عليها في الغالب لا يعود ذلك بمنفعة في لحمها فينبغي أن يتق في الضحايا ما كان بمعنى ذلك ونقصان الخلقة على ثلاثة ضربين ضرب ينقص منافعها وجسمها فاذا لم يعد بمنفعة في لحمها منع الاجزاء كعدم يد أو رجل وضرب ينقص المنافع دون الجسم كذهاب بصرا العين أو العينين أو ذهاب الميزفا كان له تأثير بين كالعور والعمى والجنون فهو يمنع الاجزاء ولم أجد نصا لصحاحنا في الجنون وأما الضرب الثالث فهو نقصان الجسم دون المنافع كذهاب القرن والصوف وطرف الأذن والذنب فما كان من باب المرض أو مما يشوه الخلقة أو ينقص جزأ من لحمها وجب أن يمنع الاجزاء (فرع) واذا كان بعين الأضحية بياض فلو كان على الناظر وكان يسيرا لا يمنعها أن تبصر أو كان على غير الناظر لم يمنع الاجزاء رواه ابن المواز في كتابه عن مالك وأما ان منعها الرؤية لكونه كثيرا على الناظر فهي العوراء وكذلك عندى لو ذهب أكثر بصرا عينها (فرع) وروى ابن المواز في كتابه ان الجذع يمنع وأما العصب في الأذن أو الاذنين فان استوعب الأذن فانه يمنع الاجزاء وأما الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدبرة والشرقاء هي المشقوقة الاذن والخرقاء هي التي يخرق أذنها للسمنة والمقابلة هي التي يقطع طرف أذنها والمدبرة هي التي يقطع من مؤخر أذنها فقال القاضي أبو الحسن وهذه الصفات كلها عندى لا تمنع الاجزاء وانما تمنع الاستحباب وهذا قد قاله على الاطلاق غير ان المذهب مبنى على ان الكثير من القطع يمنع الاجزاء واليسير لا يمنع وأما شق الأذن ففي المبسوط أن مالك كان يوسع في اليسير منه كالسمنة ونحوها * قال القاضي أبو الوليد والذي عندى ان الشق لا يمنع الاجزاء الا أن يبلغ من الأذن المبلغ الذي يشوه الخلقة والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك انه لم يحدد بين القليل والكثير قال محمد في كتابه والنصف عندى كثير والأصل في ذلك ان طريقه الاجتهاد وقال أبو حنيفة في الاذن والذنب والإلية في أحد قوليه

أن الثالث عنده كثير وهو نحو مما أورده ابن حبيب والقول الثاني أن الثالث عنده في حيز القليل وهو
نحو قول ابن المواز في الأذن إلا أنه سوى بين الذنب والأذن والالية * قال القاضي أبو الوليد رضي
الله عنه والأظهر في ذلك عندي مذهب أصحابنا وهو الصحيح أن شاء الله أن ذهاب ثلث الأذن
في حيز اليسير وذهاب ثلث الذنب في حيز الكثير لأن الذنب ذو لحم وعظم وعصب والأذن ليس فيه
غير طرف جلد لا يكاد ينال لم يقطع ولا يستضر به لكنه ينقص الجمال كثيره والله أعلم (مسئلة) وأما
السكاء ففي المدونة أنها الصغيرة الأذنين قال ابن القاسم وهي الصمعا وهي تجزئ عند مالك وأما
التي خلقت بغير أذنين فلا خلاف في ذلك وقال الشيخ أبو القاسم لا يضحى بالسكاء وهي التي
خلقت بغير أذنين * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والذي عندي في ذلك أنه إن كان الأذن من
الصغير بحيث تقبج الخلقة معه ويقع به التشويه فإنه يمنع الاجزاء (مسئلة) وأما الثرماء قال ابن
حبيب وهي التي سقطت أسنانها من كبر أو كسر فلا تجزئ وفي الموازية أن سقطت أسنانها من
انغار أو هرم أو حفيت فلا بأس بها وإن كان من غير ذلك فلا يضحى بها قال في المبسوط لأنه نقص
من خلقها قال القاضي أبو اسحق ذهب إلى أن الفكية إنما تسقط أسنانها من داء نزل بها فصار عيبا
بها والهرمة سقطت أسنانها من كبر وهو أمر معتاد ووجه قول ابن حبيب أن الهرم معنى يضعف
الحيوان فإذا أسقط الأسنان منع الأضحية كالمرض (فرع) فإذا قلنا أن ذهاب الأسنان يمنع
الأضحية ففي كتاب محمد لا يمنع ذلك ذهاب السن الواحدة وفي المبسوط إذا سقط لها سن أو أسنان
فهو عيب ولا يضحى بها فإنه نقصان من خلقها

* وحدثني عن مالك عن
نافع أن عبد الله بن عمر
كان يتقي من الضحايا
والبدن التي لم تسن والتي
نقص من خلقها قال مالك
وهذا أحب ما سمعت إلى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والمریضة البین مرضها قال أبو الحسن ذلك لمعان أحدها أن
المرض نهك بدنها فينقص لحمها والثاني أنه يفسده حتى تعافه النفس والثالث أنه ينقص ثمنها
وهذه المعاني على ما ذكر فيجب أن يكون كل غرض يحدث ذلك في النفس يمنع أن يضحى بها
والحرمة وهي البشمة لا تجزئ وكذلك الجرباء فابلق من ذلك كله حد المرض البين وجب أن يمنع
الاجزاء (مسئلة) قال مالك ولا يجوز الدبر من الأبل قال ابن القاسم ومعنى قوله في الدبرة الكبيرة
فأرى المجروح بتلك المنزلة أن كان حرما كبيرا * قال القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندي أنه من
المرض الذي يمنع الاجزاء كالمكسورة القرن تدمي وإذا كان الجرح صغيرا لا يضرب بالأضحية أو
بالهدى فليس من باب المرض فلم يمنع ذلك الاجزاء

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والعجفاء التي لا تنقي النقي الشحم يريد أنه لا يوجد فيها شحم فإذا
بلغت هذا الحد من الهزال فإنها لا تجزئ لأنها خارجة عن الحد المعتاد لأنه لا منفعة في لحمها ولا طيب
كالمریضة ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يتقي من الضحايا والبدن التي لم تسن والتي
نقص من خلقها قال مالك وذلك أحب ما سمعت إلى * ش قوله كان يتقي من البدن والضحايا
البدن ما أهدي من الأبل ذكرنا كان أو أنثى وقد تقدم الكلام في معناها في الحج واتقاؤه فيها ما لم
تسن يريد ما لم تبلغ سن الاجزاء وهذا لفظ يستعمل غالبا في الهرم وما قار به فيقال أسن فلان إذا بلغ
سن الشيخ ولم يرد ذلك ههنا لأنه لا خلاف أن الثنية من كل نوع من أنواع الضحايا تجزئ وإن كانت
لم تبلغ حد تمام السن وإنما هو أول الانغار ويحتمل أن يريد بذلك التي لم تبلغ أو تكون مسنة من
البقر وأكثر ما يعتبر بذلك بالسنين وإن جاز أن يتقدم يسيرا أو يتأخر يسيرا على حسب اختلاف
الخلقة ولكن المعتاد متقارب فالجندع من الضأن قد اختلف الفقهاء فيه فقال ابن حبيب الجندع من

الضأن والمناعر ابن سنة وقاله ابن نافع وأشهب وعلى هذا أكثر الناس وقاله أبو عبيد قال في المغز والضأن هو في السنة الثانية جذع وروى ابن وهب أنه ابن عشرة أشهر وروى سحنون عن علي بن زياد هو ما استكمل ستة أشهر وقاله ابن شعبان قال وقيل ثمانية أشهر وأما الثاني فقال ابن حبيب هو ابن سنتين دخل في الثالثة والأثني ثنية وأما الأبل فقال ابن حبيب الجذع من الأبل ابن خمس سنين والثني ابن ست سنين وقال أبو عبيدة إذا أتت عليه الخامسة فهو جذع فإذا ألقى ثنيته في السادسة فهو ثني وأما البقر فقد قال ابن حبيب الجذع من البقر ابن ثلاث سنين والثني ابن أربع سنين وقال أبو عبيد هو أول سنة تبيع والأثني تبعة ثم جذع ثم ثني وقال القاضي أبو محمد الثني من البقر ماله سنتان وقد دخل في الثالثة وهو أشبه بقول أبي عبيد والله أعلم

﴿ النهي عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار أن أبا بردة بن نيار ذبح ضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الأضحية فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعيد بضحية أخرى فقال أبو بردة لا أجد إلا جذعا يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وان لم تجد إلا جذعا فاذبح ﴾ ش قوله ان أبا بردة ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الأضحية فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعيد يقتضي أن يكون ذبحه الذي يجزيه بعد ذبح الامام ويلزم مع ذلك أن يلزم وقت ذبح الامام ليترب على ذلك ذبح الناس فأما وقت ذبح الامام فهو بعد السلام من صلاة العيد يوم الأضحية فن ذبح قبل الصلاة لم يجزه وبذلك أبو حنيفة وقال الشافعي اذا ذهب من الوقت بمقدار ما يصلي ركعتين بقراءتهما وتامها للعيد فقد جاز الذبح فن ذبح حينئذ قبل الصلاة أجزأه والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث البراء بن عازب سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يخطب فقال أول ما تبدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم نرجع فننصر فن فعل هذا فقد أصاب سنتنا ومن نحر قبل ذلك فاعما هو لم يقدمه لأهله ليس من النسك في شيء فقال أبو بردة ذبحت يارسول الله قبل أن أصلي وعندى جذعة خير من مسنة فقال اجعلها مكانها ولن تجزئ أو توفي عن أحد بعدك وهذا بين في موضع الخلاف ووجه ذلك من جهة المعنى اننا قد بينا انه لا يذبح الا بعد أن يذهب من الوقت بقدر فعل الصلاة فوجب أن يعتبر بفعل الصلاة لا بمقدار فعلها أصل ذلك السعي لما رتبناه على ركعتي الطواف كان الاعتبار في ذلك بفعل ركعتي الطواف لا بمقدار فعلها من الوقت (مسئلة) اذا ثبت ان الذبح بعد الصلاة فان الامام يذبح أولا ثم يذبح الناس بعده فن ذبح قبل الامام لم يجزه رواه ابن المواز وغيره وقال أبو حنيفة من ذبح بعد الصلاة وقبل الامام أجزأه ودليلنا الحديث المذكور وهو ان أبا بردة بن نيار ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد بأضحية أخرى ودليلنا ما أخرجه مسلم من حديث جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم يوم النحر بالمدينة فسبقهم رجال ففروا ووطنوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نحر فأمر النبي صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله أن يعيد بنحر آخر ولا ينحر حتى ينحر النبي صلى الله عليه وسلم (فرع) المضحون على ضربين أحدهما بحضرة الامام والآخر بغير حضرته فأما من كان بحضرة الامام فلا يخلو امامه من أن يظهر نحر أضحيته أو لا يظهر ذلك فان أظهر ذبح أضحيته باثر الصلاة فن ذبح قبله فالمشهور عن مالك انه لا يجزئه

﴿ النهي عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار أن أبا بردة بن نيار ذبح ضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الأضحية فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعيد بضحية أخرى قال أبو بردة لا أجد إلا جذعا يارسول الله قال وان لم تجد إلا جذعا فاذبح

وأما من لم يظهر ذبح أخيه في كتاب محمد بن ذريح رجل أخيه قبله في وقت لو ذبح الإمام بالمصلي
 لكان هذا قد ذبح بعده لم يجزه وقال أبو مصعب إذا ترك الإمام الذبح بالمصلي فن ذبح بعد ذلك فهو
 جائز وأما من كان بموضع ليس به إمام مثل أهل القرى الذين لا يصلون صلاة عيد بخطبة فقد
 روى ابن القاسم عن مالك يتحرون صلاة أقرب الأئمة إليهم وذبحه فن تحرى ذلك فأخطأ فذبح قبل
 ذبحه ففي المدونة من قول ابن القاسم يجزيه ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك وأنكر
 ذلك ابن المواز في كتابه فقال قدرى أشهب عن مالك خلافة ونقله أبو محمد في نوادره فقال وقد
 روى أشهب عن مالك لا يجزيهم وهو أحب إلينا وقد قيل إن رواية أشهب عن مالك إنما هي فممن
 ذبح على علم أنه قد ذبح الإمام ورواية ابن القاسم فممن تحرى أن يذبح بعده فأخطأ فذبح قبله والله أعلم
 وجه قول ابن القاسم أن فرضهم الاجتهاد والتحري في أمر غائب عنهم لا يمكنهم تيقنه فكان الخطأ
 موضوعاً عنهم كخطأ في القبلة عند الاشتباه في اعلامها وجه قول أشهب أنهم غير معذورين
 لأنهم قادرون على التأخير الذي لو أخر الإمام إليه لجاز لأهل بلده الذبح قبله وما كان مثل هذا
 لا ينسوغ فيه التحري كالوقت في الصيام والصلاة

(فصل) وقول أبي بردة لا أجد لأجد عا دليلاً على أنه قد علم أن الجذع يتعلق به حكم المنع إلا لأن غيره
 يجزى دونه أولاً لأن غيره أفضل منه وقد روى في حديث البراء بن عازب أنه قال إنها كانت جذعة من
 المعز وللإنسان تعلق بالأجزاء وتأثير فيه لأنه لا خلاف أنه لا تجوز البهولة ولا الفصيل والذي يجزى
 عن الإنسان في الضحايا من الضان الجذع فما فوقه ومن المعز والابل والبقر الثني فما فوقه والدليل
 على أجزاء الجذع من الضان ما أخرجه مسلم من حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا
 تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان والدليل على أن الجذع من المعز
 لا يجزى ما روى في حديث البراء أن أبا بردة بن نيار قال إن عندي عنق جذعة وهي خير من
 شاة لحم فهل تجزى عنى قال نعم ولن تجزى عن أحد بعدك فان قيل فما الفرق بين الضان وغيرها
 قيل له الفرق بينهما نص صاحب الشريعة ولا فرق أصح منه ووجه آخر وهو أنه قد روى ابن
 الأعرابي أنه قال إن المعز والبقر والابل لا تضرب فحولتها إلا بعد أن تنثى والضأن تضرب
 فحولتها إذا جذعت (فرع) إذا ثبت ذلك فالثني من الضان أحب إلى مالك من الجذع ورواه ابن
 المواز عن مالك ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن
 يعسر عليكم فاذبحوا جذعة من الضان ومن جهة المعنى أن في ذلك نوعاً من الخلق المروى وفي
 الثني أيضاً من تمام الجسم وكما له ما يفضل به الجذع والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن
 عباد بن تميم أن عويمراً بن أشعر ذبح ضحية قبل أن يغدو يوم الأضحية وأنه ذكر ذلك رسول الله صلى
 الله عليه وسلم وأمره أن يعيد بضحية أخرى * ش قوله إن عويمراً ذبح قبل أن يغدو يوم الأضحية
 يريد قبل أن تغدو إلى المظلي لأنه هو الغدو المعتاد في يوم الأضحية فاستغنى بذلك عن ذكره ولو أراد
 غيره من الغدولينه ويحتمل أن يريد به قبل أن يحدث غداً وهو بعد في وقت يمكنه الغدو
 فلما أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ولعله أخبره لما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم في الذبح قبل
 الصلاة ما تقدم فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعيد بضحية أخرى بمعنى أن الأولى لم تكن ضحية

مجزية

* وحديثي عن مالك
 عن يحيى بن سعيد عن عباد
 ابن تميم أن عويمراً بن
 أشعر ذبح ضحية قبل أن
 يغدو يوم الأضحية وأنه
 ذكر ذلك رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فأمره
 أن يعيد بضحية أخرى

﴿ ما يستحب من الضحايا ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر ضحى مرة بالمدينة قال نافع فأمرني أن أشتري له كبشاً فحبلأقرن ثم أذبحه يوم الأضحية في مصلى الناس قال نافع ففعلت ثم جل إلى عبد الله بن عمر فخلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضاً لم يشهد العيد مع الناس قال نافع وكان عبد الله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر ﴿ ش قوله أنه ضحى مرة بالمدينة يريد أن هذا الفعل وقع منه بالمدينة لأن كثيراً مما حكاها لا يتأتى في غير الأمصار من الذبح بالمصلى وغير ذلك والافتقار كان يضحي بالمدينة وفي أسفاره وقد روى عنه أنه اشترى في سفره شاة من راع وأمره بذبحها عنه وقد روى ابن المواز عن مالك أن الأضحية لازمة للمسافر كلزومها للمقيم

(فصل) وقوله فأمرني أن أشتري له كبشاً شراء الضحايا مما يجب أن يتوقى فيه لأنها قربان فمن كان في بلد أسواق لها فلا يشتري منها ما يجلب إلى الأسواق حتى يرد السوق لأن ذلك من التلحق المنهى عنه فيجب أن ينزه عنه ما يتقرب به إلى الله عز وجل من أضحية وهدي (فزع) فان ضحى بما اشترى في التلحق قال عيسى عليه البدل في أيام الحر ولا يباع لحم الأولى ووجه ذلك أن أضحية قد وجبت على الوجه المنهى عنه فلم تجزأ ولم تتم فضيلتها فساد ملكها فكان عليه بدلهما ليدرك الأضحية أو ليدرك تمام فضيلتها ولم يجزأه يبيع لهما لأنه قد قصد بذبحها القربة

(فصل) وقوله فأمرني أن أشتري له كبشاً فحبلأقرن فيه خمس مسائل أحداها أن الأضحية لا تكون من غير بهيمة الأنعام والثانية أن الضأن أفضل أجناس الضحايا والثالثة أن ذكورها أفضل من أنثاهم والرابعة أن الفحل منها أفضل من الخصى والخامسة أن الأقرن أفضل من الأجم فأما المسئلة الأولى في أن الأضحية لا تكون إلا من بهيمة الأنعام الغنم والبقر والابل ولو ضربت فحول البقر الانسية اناث البقر الوحشية فقد قال الشيخ أبو اسحق اتفق أصحابنا أنه لا يضحي بها واختلفوا إذا ضربت فحول الوحشية اناث الانسية والذي أقول به جازة ذلك ومعنى ذلك أن كل ولد نتج لامه في الجنس والحكم وإنما يختلف ذلك في ولد آدم وإنما منع من ذلك بالمنع من أصحابنا إذا كانت الفحول وحشية ليغلب الحظر على الإباحة (مسئلة) فأما المسئلة الثانية من أن أفضل الأضاحي الضأن فهو مذهب مالك رحمه الله وسائر أصحابه أن الضأن أفضل من المعز واختلفوا في التفضيل بين البقر والابل فروى الشيخ أبو اسحق أن الأفضل الابل وحكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد في معونته أن البقر أفضل وقال أبو حنيفة والشافعي الابل أفضل ثم البقر ثم الغنم والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك من تفضيل الضأن ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يضحي بكبشين أقرنين أملحين ومثل هذا اللفظ لا يستعمل إلا فيما يواظب عليه ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يواظب في خاصته إلا على الأفضل ومن جهة المعنى أنه لا خلاف أنه لا يضحي بجذع إلا من الضأن وذلك يقتضي أن لها منزلة على غيرها في الأضحية (مسئلة) وأما المسئلة الثالثة وهي أن ذكر كل جنس أفضل من أنثاه فهو مذهب مالك وأصحابه والاصل في ذلك الحديث المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يضحي بكبشين ومن جهة المعنى أن المقصود من الأضحية طيب اللحم ولا خلاف أن لحم الكبش أفضل من لحم النعجة فكان إخراج أفضل وانما ذلك في ذكور الجنس وانثاه وأما الذكور والاناث فان اناث الضأن أفضل من ذكور المعز واناث

﴿ ما يستحب من الضحايا ﴾

• حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر ضحى مرة بالمدينة • قال نافع فأمرني أن أشتري له كبشاً فحبلأقرن ثم أذبحه يوم الأضحية في مصلى الناس قال نافع ففعلت ثم جل إلى عبد الله بن عمر فخلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضاً لم يشهد العيد مع الناس قال نافع وكان عبد الله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر

المعز أفضل من ذكور ما سوى ذلك من أجناس الاضاحي (مسئلة) وأما المسئلة الرابعة فان الفحل من الضحايا أفضل من الخصى قاله ابن حبيب والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن فحيل (مسئلة) وأما المسئلة الخامسة في أن الأقرن أفضل من الاجم والاصل في ذلك الحديث المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن فحيل ومن جهة المعنى انه أتم خلقة

(فصل) وقوله ثم اذبحه يوم الأضحي في مصلى الناس أمر نافع مولا به ذبح أضحيته على وجه الاستنابة وذلك جائز للضرورة وقد كرهه مالك من غير ضرورة والاصل في جواز القياس على الهدايا لانه حيوان شرع ذبحه على سبيل القرية فصحت الاستنابة فيه كالهدايا وانما استنابه عبد الله بن عمر كرضه والأفضل لمن قدر عليه أن يتولى ذبحها بنفسه لما روى عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده (فرع) فاذا قلنا يجوز فيه الاستنابة فان استناب مسلماً أجزأه وان استناب كتابياً فهل يجزئه أم لا قال ابن القاسم في المدونة يعيدها ولو أمر بذلك مسلماً أجزأه وروى عنه أشهب انه قال يجزئه وجه قول ابن القاسم أن الكافر لا تصح منه نية القرية وان صحت منه نية الاستنابة والأضحية قرينة فاذا ذبحها الكتابي لم تكن أضحية وكانت ذبيحة مباحة ووجه قول أشهب أن صح ذبحه لغير الأضحية صح ذبحه للأضحية كالمسلم (فرع) والاستنابة فيها بالتصريح أو العادة فبان يأمر بذبحها عنه أضحية فينوي النائب في ذلك من الأضحية ما كان ينويه المضحى لو باشر ذبحها وأما العادة ففي المدونة عن ابن القاسم فممن ذبح أضحيته بغير اذني أن كان مثل الولي في عياله قد ذبحها ليكفيه أجزأه وان كان على غير ذلك لم يجزه زاد ابن المواز عن ابن القاسم أو بعض من في عياله ممن يحمل ذلك عنه زاد أبو زيد أو لصداقة بينهما ان وثق به حتى يصدق انه ذبحها عنه فيحتمل أن يريد ابن القاسم بقوله ولده في عياله ومول ابن المواز عنه أو بعض عياله ممن يحمل ذلك عنه من يدخله رب الدار في أضحيته ويكون معنى قوله ممن يحمل ذلك عنه ويحتمل أن يريد به الولد الذي قد فوض اليه القيام فأمره في جميع أحواله ويكون ذلك معنى قول ابن القاسم في المدونة الولد في عياله فيذبحها ليكفيه وأما ما رواه أبو زيد عن ابن القاسم من قوله أو صديقه ان وثق به حتى يصدق انه ذبحها عنه فيحتمل أن يريد به صديقه الذي يقوم بأمره وقد فوض اليه في جميع أموره حتى يصدق انه لم يذبحها عن نفسه وانما ذبحها عن غيره فلهذين القولين وجه على ما تقدم وان كان أراد به انه غير المفوض اليه وانما ذبحها عنه بمجرد الصداقة فالظاهر من المذهب أنه لا يجزئه لانه متعدد لو شاء أن يضمنه ضمنه الآن يكون هذا راية في المتعدي بذبحها عن صاحبها ان لم يرد صاحبها تضمينه تجزئه فله وجه على ضعفه وقد قال أشهب في الموازية لا تجزئه وان كان ممن في عياله وهو ضامن يريد والله أعلم اذا كان غير مأمر به ولا قائم بجميع أموره في ذلك وغيره (فرع) ومن ذبح أضحية صاحب غلط لم يجز المذبح عنه وان فعل كل واحد منهما بأضحية صاحبه ضمنها قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أن كل واحد منهما متعدد على أضحية الآخر فلهما ضمانه لان الخطأ والعمد في المال سواء واذا ضمنها الذابح لم تجز المتعدي لانها تكون لمن ضمنها ان ضمنها وان لم يضمنه اياها ورضي بها مذبوحه لم تجز أيضاً لانه قد كان ثبت ملكه لها لما كان له من تضمين المتعدي عليها وانما عادت الى حالها من الملك الصحيح التام ليرى التضمين وذلك بعد الذبح ولو كان هدياً وقد روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في الموازية تجزئ من قلده لا من نحروه

وروى أشهب عن مالك لا تجزئهما وجه رواية ابن القاسم انه قد وجب بالتقليد فلا يحتاج في ذبحه الى نية تختص بمن قلده يدل على ذلك انه لو ضل الهدى فوجده رجل قصره عن قلده لاجزأ وان لم يتعين له صاحبه ولو فعل ذلك في الاضحية لم تجزئ صاحبها ووجه رواية أشهب ان الهدى وان كان قد وجب بالتقليد فان الفساد وعدم الاجزاء يتعلق به بدليل انه لو مات لم يجزه فكذلك اذا ذبح ذبحا يمنع الاجزاء وهو ان يذبح عن غير من قلده (فرع) وهل يجزئ في الاضحية الذابح لا يخلو أن يكون صاحبها رضيا أو لم يرضها فان رضيا لم يضمن الذابح قيمتها فلا خلاف انها لا تجزئ الذابح لانها باقية على ملك صاحبها وان ضمنه اياها ففي الموازية من رواية ابن القاسم عن مالك لا تجزئ واحد منهما وقال أشهب تجزئ الذابح كما لو استحققت بعد الذبح وكذلك أمة أو ولد هارجل ثم جاء بها فأخذ قيمتها فانها بذلك أم ولد وقال ابن حبيب ان عرف ذلك بعد فوات اللحم أجزأت عن ذابحها غلطا وأدى القيمة وان لم يفت اللحم فربها مخير فان أخذ اللحم فله بيعه وان أخذ قيمة الشاة لم تجز عن ذابحها ولا له يبيع لحما ووجه ذلك أنه اذا عرف ذلك بعد فوات اللحم فقد عين ملكه للشاة ولا خيار لصاحبها فيها فلذلك أجزأته وان عرف ذلك قبل فوات اللحم فربها مخير في أخذها أو أخذ قيمتها وهذا ينافي في ملك الذابح لها ويمنع اجزاءها عنه

(فصل) وانما أمر ابن عمر نافعاً بذبح أضحيته يوم الاضحية لانه الافضل وانما أمر بأن يذبحها في مصلى ثمانس لان الاضحية من القرب العامة المسنونة فالأفضل اظهارها لان في ذلك احياء سنتها وقد قال ابن حبيب في كتابه يستحب الاعلان بالاضحية لكي تعرف ويعرف الجاهل سنتها وما يلزمه منها وكان ابن عمر اذا ابتاع أضحيته يأمر غلامه بحملها في السوق ويقول هذه أضحية ابن عمر ارادة أن يعلن بها

(فصل) وقول نافع ففعلتها يعني اشترى له الكبش على الصفة التي أمر به بها ثم ذبحه يوم الاضحية بالمصلى وليس شراء الاضحية ليضحي بها موجب الكونها أضحية ولا يتعين ذلك فيها على سبيل الوجوب وانما يتعين على سبيل الوجوب ابتداء الذبح قال القاضي أبو اسحق وقبل فرى الاوداج لانه قد وجد منه النية والفعل وقد قال القاضي أبو اسحق وجماعة من شيوخنا تعين بالنية والقول باللسان وتجب بذلك كما تجب بالذبح فيكون ذلك فيها كالاشعار والتقليد في الهدى

(فصل) وقوله ثم حل الى عبد الله بن عمر فخلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضاً لم يشهد العيد يريد ان الكبش حل الى عبد الله بن عمر فخلق عبد الله رأسه حين ذبح الكبش ولعله كان امتنع من خلق رأسه وشئ من شعره من أول العشر حين أراد أن يضحي على وجه الاستحباب وان لم يرد ذلك وانجا على ما ذكر في آخر الحديث وقد روى الشيخ أبو بكر والقاضي أبو الحسن انه يستحب لمن أراد أن يضحي اذا رأى هلال ذي الحجة أن لا يقص من شعره ولا يقلم أظفاره حتى يضحي قال ولا يحرم ذلك عليه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس في ذلك استحباب وقال أحمد واسحق يحرم عليه الخلق وتقليم الأظفار والدليل على استحباب ذلك ما رواه أبو عبد الرحمن حدثنا سليمان بن مسلم البلخي ثقة وسليمان بن مسلم الحضاري ليس بثقة حمصي أخبرنا بالبصرة أخبرنا شعبة عن مالك عن ابن مسلم عن سعيد بن المسيب عن أم سامة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من رأى هلال ذي الحجة فأراد أن يضحي فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره حتى يضحي قال أبو عبد الرحمن عمر بن مسلم بن عمار ابن أ كمة قد اختلف في اسمه فقيل عمرو وقيل عمر وهو مدني فوجه الدليل منه ان هذا نهي

والنهي اذا لم يقتض التحريم حمل على الكراهية ودليلنا على نفي الوجوب حديث عائشة المتقدم في كتاب الحج أنا قلت فلا تدهدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي ثم بعث به مع أبي فلم يحرم على رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء أحله الله له حتى نحر الهدى ولا خلاف أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى في ذلك العام

(فصل) وقوله وكان عبد الله بن عمر مريضاً لم يشهد العيد مع الناس يقتضى أن مرضه منعه صلاة العيد مع الناس والبر وزهلا ولم يمنعه مما شرع من ذبح الضحية واطهارها وقد تقدم ذكره ولم يمنعه مرضه من انفاذ الضحية في ماله وهي قربة كالصدقة والعقود لما كان ماله يتسع لذلك وذلك أن حكم الأضحية قبل ذبحها حكم ماله تورث عنه قاله مالك في المختصر والموازية وقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية ولغير ماله أخنها أن لحقه دين (فرع) اذا ثبت أن حكمها حكم ماله تورث عنه وتباع لغير ماله فقد قال ابن القاسم يستحب لورثته ذبحها وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب لا يضحى بها عنه وهي ميراث وجه قول ابن القاسم أنه مال أخرجه على وجه القربة فاستحب لورثته انفاذ ذلك كما استحب له أخرجا بعينها وكره له بدلها ووجه قول أشهب أنه لم يوجبها ولم يأمر بأخراجها عنه وإنما أعدها ليوجبها في وقت وهو لم يأمر في كسائر ماله (فرع) ولومات عن هديه بعد أن قلده ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم للغير ما يبيعه كما لم يبيع ما عتق ورد عتقه * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى حكم الأضحية بعد الإيجاب بالقول على مذهب من رأى ذلك من أصحابنا (مسئلة) ولومات بعد ذبح أضحيته فقد قال مالك في المختصر هي لورثته ولا تباع في دينه ورواه في العتبية عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك أنها فأتت بالذبح وصارت في حكم المستهلك كما لو أكلها (فرع) والفرق بين ذبحها وتقليد الهدى أن التقليد لا يضمن له الهدى والذبح تضمن به الأضحية فكان ذلك فوتاً فيها (فرع) فاذا قلنا أن الأضحية تورث عنه بعد الذبح فإن لورثته أكلها وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك ينهوا عن بيع لحما ولا خلاف بين أصحابنا نعلمه في المنع من البيع لأنه إنما انتقل اليهم ملكاً على حسب ما كان للمضحي وأما قسمتها فقد أجاز ذلك مالك من رواية مطرف وابن الماجشون عنه وابن القاسم من رواية عيسى عنه ومنع منه في كتاب محمد فقال لأنه يصير بيعاً فيحصل أن يكون سبب الخلاف في ذلك اختلاف قول مالك وأصحابه في القسمة هل هي تميز حق أو بيع ويحتمل أن يريد أنها اذا وقعت القسمة على وجه كانت بيعاً فلم تجز في الأضحية واذا وقعت على وجه كانت تميز حق فجاز ذلك فيها (مسئلة) وهذا حكم من انتقل إليه حكم الأضحية بالميراث فأما من انتقل إليه بهبة أو صدقة فقد روى ابن حبيب في كتاب الحدود عن أصبغ للمعطى بيع ذلك إن شاء وحكى ابن المواز عن مالك ليس له يبيعه وجه القول الأول أن نهاية القربة في الأضحية الصدقة بها إذا بلغت محلها كان لمن صارت إليه التصرف فيها بالبيع وغيره كالزكاة ووجه القول الثاني أن إيجاب النسك على وجه الأضحية يمنع البيع كما لو انتقل إليه بالميراث وأما ما أخرج في الزكاة فقد كان له التصرف فيه بالبيع وغيره إلى أن ينتقل عن ملكه بالأخراج فلذلك كان لمن انتقل إليه التصرف فيه بمثل ذلك (مسئلة) وهذا مبنى على أن المضحي ليس له بيع أضحيته ولا يبيع شيئاً منها كالهدي والاصل فيه ما روى مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يقوم على بدنه وأن يقسم بدنها كلها لحومها وجلودها وجلالها في المساكين ولا يعط في جزارتها منها شيئاً زاد عبد الكريم عن مجاهد نحن نعطي من عندنا قال

مالك ولا يباع جلد أضحية بجلده ولا غيره (فرع) فان باع من أضحية شيئاً فقد قال ابن حبيب من باع جلد أضحية جهلاً فلا ينتفع بالثمن وعليه أن يتصدق به وروى عن سحنون أن من باع جلد أضحية أو شيئاً من لحمها أن أدرك فسحق والاجعل ثمن الجلد في ماعون أو طعام ويجعل ثمن اللحم في طعام يأكله وقال محمد بن عبد الحكم من باع جلد أضحية فليصنع بثمنه ما شاء من امسالك أو غيره وهذا الاختلاف انما هو في حكم ثمن المبيع بعد فواته وأما بيعه فتفق على منعه فنع ابن حبيب الانتفاع بالثمن وجوز سحنون تصرف ثمنه فيما ينتفع به دون ما يقول ويصرف في التجارات التي تختص بالائمان وأما قول ابن عبد الحكم فيحتمل أن يذهب إلى قول أبي حنيفة في تجوز بيع جلد الأضحية بما سوى الدراهم مما يباع ويتنفع به ولا يظهر أنه منع البيع غير أنه كان هذا حكم الثمن عنده اذا فات البيع والله أعلم (مسألة) وللرجل أن يواجر جلد الأضحية وجلد الميتة قال الشيخ أبو محمد يريد بعد الدباغ ووجه ذلك أن ما منع بيعه لم يمنع اجارته لمنفعته المباحة بجلد الميتة فإنه منع بيعه ولم يمنع اجارته لمنفعته المباحة (مسألة) ومن تلفه شيء عند صانع يلزمه ضمانه أو غاصب أو متعدي فقد قال ابن القاسم من سرق ترؤس أضحية في القرن استحب أن لا يغرمه شيئاً وكأنه رآه يباعاً وقال ابن الماجشون وأصبغ له أخذ القيمة ويصنع بها ما شاء وكذلك قيمة الجلد يضيع أو يستهلك ألا ترى أن من خلق ثوبه فغصبه غاصب أن له أخذه بقيمة وله أن يأخذ من اللحم المستهلك ما شاء من طعام أو حيوان ولا يجوز ذلك في البيع فوجه قول ابن القاسم أن أخذ القيمة نوع من المعاوضة وهي ممنوعة في الأضحية (مسألة) وأما صوف الأضحية فإن جاز قبل ذبحها فقد روى محمد عن أشهب أن له أن يجزها قبل الذبح وروى ابن القاسم عن مالك في الموازية والعنينة لا تجز ووجه قول مالك أن تعيينها للأضحية قد أثر المنع في أخذ شيء منها كاللحم ووجه قول أشهب أنه معنى تجوز ازالته منها قبل الذبح دون مضرة فجاز له أخذ ذلك منها قبل ايجابها (فرع) اذا ثبت ذلك فإن جزها فقد قال ابن القاسم قد أساء وتجزيه أضحية وينتفع بالصوف ولا يبيعه وقال سحنون لا أرى يبيعه بأسواياً كل ثمنه وقال أشهب له يبيعه ويصنع بثمنه ما شاء لأنها لم تجب قبل الذبح فيحتمل قول ابن القاسم وجهين أحدهما أنه ممنوع من جزه حتى يتقرب بذبحها على الهيئة التي عينها فإن أقدم على ذلك فلا يبيعه لأن حكم المنع متعلق ببيعه كسائر أجزائها والوجه الثاني أنه مباح له جزه وإن كان تعلق به حكم الأضحية الآن جزه في حكم تفريق أعضائها من غير ضرورة فلا يتعلق به منع كالولادة ولما لم يكن للذكاة تأثير في الصوف جاز التفريق لانه لا يباع كما لا يباع الولد ووجه قول سحنون أن الصوف لما كان لا يؤكل جاز بيعه وأكل ثمنه لانه بذلك يتوصل إلى أكل أجزاء الأضحية لانه المقصود منها (فرع) فأما بعد الذبح فله جز صوفه (مسألة) واذا نتجت الأضحية فقد روى محمد عن أشهب لا يجوز ذبح ولدها وقال مالك أن ذبحه مع أمه فحسن ووجه القول الأول أن سن الأضحية معتبر وهو معدوم في السخلة ووجه القول الثاني أنه تبع لأمه فلا يعتبر إلا بصفته دون صفته كالصوف واللبن (مسألة) وأما لبن الأضحية فقد قال مالك له شرب لبن الأضحية ولا يجوز له شرب لبن الهدى ولا ما فضل عن فصيلها ووجه ذلك أن الأضحية لم تجب بعد والبدنة قد وجبت بالتقليد مع بقاء حياتها

(فصل) وقول نافع وكان عبد الله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر يريد أنه ليس بواجب على من ضحى أن يحلق رأسه وقد فعله عبد الله بن عمر ولعل عبد الله بن

عمر قد فعله لحاجته اليه أو فعله استعجابا

﴿ ادخار لحوم الاضاحي ﴾

ص * مالك عن أبي الزبير المنكي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد كلوا وتصدقوا وتزودوا واذا خروا * ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث يريد أنه نهى أن يأكل منها ذابحها والمضحي بها بعد ثلاثة أيام وهي أيام الذبح لأنه لما أباح الذبح في الثلاثة الأيام أباح الأكل فيها من الأضحية وقصر الإباحة الأكل عليها ليتمكن المضحي بأن يؤخر الذبح إلى آخرها ولا يتعذر عليه الأكل منها ويحتمل أن يريد الإباحة الأكل بعد ثلاثة أيام من وقت ذبح أضحيته وإن ضحى في آخر أيام الذبح فأيسر له الأكل منها ثلاثة أيام ليكون ذلك مقدار ما يأكل فيه منها لأن في منعه منها بعد اليوم أو المدة اليسيرة تضيقا عليه وفي أكله منها ثلاثة أيام منتفع وسعة ونهى عن أكلها بعد والنهي يقتضي التحريم ثم نسخ ذلك بإباحة أكله وتزوده واذا خاره بعد ثلاثة أيام وهذا من نسخ السنة بالسنة ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن واقد أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث قال عبد الله بن أبي بكر قد كرت ذلك لعمر بن عبد الرحمن فقالت صدق سمعت عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تقول دفن ناس من أهل البادية حضرة الأضحية في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادخروا ثلاثا وتصدقوا بما بقي قالت فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذاك أو كما قال قالوا نهيت عن لحوم الضحايا بعد ثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما نهيتكم من أجل الدافاة التي دفت عليكم فكلوا وتصدقوا واذا خروا يعني بالدافاة قوماسا كين قدموا المدينة * ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث ظاهره التحريم وقد يصح حمله على الكراهية بدليل ان وجد وقد اختلف الناس في تأويله فتأوله قوم على التحريم وان النسخ بإباحته طرأ بعد ذلك وحمله قوم على الكراهية ويحتمل أن تكون الكراهية منسوخة ويحتمل أن تكون باقية ويحتمل أن يكون حكم المنع ثبت لعلته وارتفع لعدمها فيكون ذلك المنع وان ورد بلفظ العموم محمولا على الخصوص بدليل فأما من ذهب إلى القول الأول فتعلق بأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الاضاحي بعد ثلاث قال بعد ذلك كلوا وتزودوا واذا خروا واذا وردت الإباحة بعد الحظر فهو حقيقة النسخ وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت الضحية كنا نصلح منه فنقدم به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة فقال لا تأكلوا منه الاثلاثة أيام وليست بعزيمة ولكن أراد أن يطعم منه والله أعلم وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ما يدل على استدامة حكم المنع وروى أبو عبيد قال شهدت العيد مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فصلى قبل الخطبة ثم خطب الناس فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تأكلوا لحوم نسككم فوق ثلاث قد كرت ذلك في خطبته للناس يوم الأضحية ليعملوا به وهذا يدل على أنه غير منسوخ عنده وقد روى عن عبد الله بن عمر معنى ذلك في الامتناع ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم انما منع

عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد كلوا وتصدقوا وتزودوا واذا خروا * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن واقد أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث قال عبد الله بن أبي بكر قد كرت ذلك لعمر بن عبد الرحمن فقالت صدق سمعت عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تقول دفن ناس من أهل البادية حضرة الأضحية في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادخروا ثلاثا وتصدقوا بما بقي قالت فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذاك أو كما قال قالوا نهيت عن لحوم الضحايا بعد ثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما نهيتكم من أجل الدافاة التي دفت عليكم فكلوا وتصدقوا واذا خروا يعني بالدافاة قوماسا كين قدموا المدينة

أجل الدافاة التي دفت عليكم فكلوا وتصدقوا واذا خروا يعني بالدافاة قوماسا كين قدموا المدينة

لأجل الدافعة التي دفعت وأن علة الحاجة أوجبت ذلك وأن الحاجة لو نزلت اليوم لقوم من أهل المسكنة للزم الناس مواساتهم إلا أن الاظهر ما قدمناه أولاً أنه حكم منسوخ وإن كان لأجل الدافعة خاصة وما خيف عليه من الهلاك بالمجاعة لما اختص ذلك بلحوم الاضاحي بل كان يلزم الناس مواساتهم بها وبغيرها

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها دفت ناس من أهل البادية روى ابن سمعون عن أبيه في شرح الموطأ أنه سأل عبد الله بن وهب عن تفسير ذلك فقال الدافعة القوم القادمون عليهم فهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يدخر والحوم الاضاحي فيمنعوها الذين قدموا فانهم ان لم يدخروا وسعوا بذلك على اخوانهم القادمين قال محمد بن سمعون والدافعة المجاعة تسير سيرا ليس بالشديد يقال هم يدفون دفيفا

(فصل) وقوله ادخروا لثلاث وتصدقوا بما بقي يقتضي أن يمسك منه يوم الاضحي ما يكفي لثلاث ثم يتصدق بما بقي بعد ذلك وهو الذي يقع به الانتفاع للدافعة في يوم الاضحي وفيما بعده

(فصل) وقوله ان الناس كانوا ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها الودك ويتخذون منها الاسقية ان كان يريد انهم امتنعوا من اتخاذ الاسقية من جلودها لأجل المنع المتقدم فقد يجب أن يكون المنع بأعم من هذا اللفظ المتقدم لان المنع انما تناول كل اللحم وقدر وى لفظ يتناول جميع الاضحية وهو ما روى سامة بن الاكوع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصحن بعد ثلثة وفي بيته شيء منه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما هي لكم لأجل الدافعة التي دفعت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا لفظه كلوا قد روى ما يقتضي أن معناها الاباحة روى ابن المواز عن مالك لا بأس على الرجل ان لم يأكل من بدنته وروى عنه في النوادر أنه قال وان تصدق بلحم أضحيته كله فهو أعظم لاجره وروى ما يدل أن هذه اللفظة للنسب والاستحباب وذلك أن ابن حبيب روى عن مالك لو أراد رجل أن يتصدق بلحم أضحيته كله لاستغناؤه عنه ولا يأكل منه شيئاً كان مخطئاً وجهر رواية ابن المواز أنه حيوان يخرج على وجه القرية فلم يؤمر بالاكل منه أصل ذلك ما نذره أو تصدق به ووجه رواية ابن حبيب أنه حيوان يذبح على وجه القرية المشروعة فكان الاكل منه مشروعاً مندوباً اليه كالهدي وقد حكى القاضي أبو محمد عن بعض الناس أنه قال الاكل منها واجب وهو قول شاذ بعيد

(فصل) وأما قوله فتصدقوا فعلى الاستحباب دون الوجوب قاله القاضي أبو محمد لانه لا خلاف اليوم بين الفقهاء في ذلك والاصل فيه قوله في الحديث وتصدقوا والامر يقتضي الوجوب أو النسب فاذا دل الاجماع على انتفاء الوجوب حل على النسب وقد روى عن مالك ولو أن رجلاً تصدق بأضحيته كلها لاستغناؤه عنها ولم يأكل منها شيئاً كان مخطئاً كما لو أكلها ولم يطعم منها وقال ابن المواز يستحب له أن يتصدق ببعض لحم أضحيته ولو لم يتصدق بشيء منه ما جازله (فرع) اذا ثبت أن الاطعام من الاضحية مشروع فقد روى ابن حبيب لم يحكم ما يطعم منها ولا ما يأكل وما فعل مما قل من ذلك أو كثر فهو يجزى زاد الشيخ أبو القاسم والاختيار أن يأكل الاقل ويقسم ما بقي ولو قيل يأكل الثلث ويقسم الثلثين كان حسناً والله أعلم ص عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن أبي سعيد الخدري أنه قدم من سفر فقدم اليه أهله لما قال انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحي

* وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن أبي سعيد الخدري أنه قدم من سفر فقدم اليه أهله لما قال انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحي

فقالوا هو منها فقال أبو سعيد ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقالوا انه قد كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بعدك أمر فخرج أبو سعيد فسأل عن ذلك فأخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا وتصدقوا واذا خروا ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا كل مسكر حرام ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ **ش** قول أبي سعيد لما قدم اليه اللحم انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحي على وجه التعرز والاحتياط لدينه وقد روي عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يأكل في انصرافه من منى الا زيت خواف من لحوم الاضاحي التي كان يعتقد استدامة المنع فيها وكذلك يجب للمتحفظ بدينه أن يسأل ويبحث ان كثرا لم يحظوا فاذا كان شاذا جاز أن يحمل على الاغلب

(فصل) قوله لما ذكره انها من لحوم الاضاحي ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها انكار لتقديمها اليه بعد علمهم بانه مما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر بوجه الامر وهو ما حدث من نسخ ما علم من الحظر بالاباحة وقولهم أمر يحتمل أن يكونوا فسر والاه معنى الامر فأراد أن يحتاط في ذلك بقول من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو بقول من هو أفقه وأفهم وأعلم بتأويل قول النبي صلى الله عليه وسلم ممن أخبره بذلك ويحتمل قيل له قد حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك أمر ولم يفسره ذلك الامر وان كان أخبر بأنه معنى يقتضي الاباحة فخرج يسأل عن ذلك الامر وتفسيره فأخبر به وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا واذا خروا يريد أنه أطلق لهم الاكل بعد الثلاث

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا وكل مسكر حرام يأتي في كتاب الاشربة ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ قال أبو عبيد الله روى الهجر الفحش والهجر بفتح الهاء الهذيان قال محمد بن سحنون في شرح الموطأ لا تقولوا هجرا لا تدعوا بالويل والحرب والعويل أو تقولوا ما يسخط الله قال محمد في رواية على لا تقولوا هجرا لا تقولوا سوأ قال محمد وغيرنا يقرؤها لا تعروا هجرا

﴿ الشريعة في الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة ﴾

قوله وعن كم تذبح البقرة والبدنة يريد وتضرب البدنة وسيأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى في كتاب الذبائح ولكنه عطف تذكية البدنة على تذكية البقرة بلفظ الذبح لما كان المعنى واحدا في التذكية **ص** مالك عن أبي الزبير المكي عن جابر بن عبد الله انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة **ش** قوله نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة يقتضي ان البدن والبقرة نحر وسيأتي بعد هذا مفسرا في كتاب الذبائح ان شاء الله تعالى وأما ما ذكر من ذبح الواحدة من ذلك عن سبعة فقد اختلف الناس في تأويله ومذهب مالك انه لا يجوز في الهدايا الواجبة ولا في الضحايا أن يشترك جماعة في ثمن الاضحية والبدنة فيشترونها بالثمن المشترك ثم يذبحونها أو ينصرونها فأما هدى التطوع فالشهور عنه ان الاشتراك فيه غير جائز وحكي القاضي أبو الحسن انه روى عنه ان ذلك يجوز ويجوز عند مالك أن يكون الاضحية لرجل واحد فيذبحها عنه وعن أهل بيته ومن في عياله وان كانوا أكثر من سبعة وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترك سبعة في ثمن الهدى والاضحية

فقالوا هو منها فقال أبو سعيد ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقالوا انه قد كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بعدك أمر فخرج أبو سعيد فسأل عن ذلك فأخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا وتصدقوا واذا خروا ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا وكل مسكر حرام ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ **ش** قوله لما ذكره انها من لحوم الاضاحي ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها انكار لتقديمها اليه بعد علمهم بانه مما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر بوجه الامر وهو ما حدث من نسخ ما علم من الحظر بالاباحة وقولهم أمر يحتمل أن يكونوا فسر والاه معنى الامر فأراد أن يحتاط في ذلك بقول من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو بقول من هو أفقه وأفهم وأعلم بتأويل قول النبي صلى الله عليه وسلم ممن أخبره بذلك ويحتمل قيل له قد حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك أمر ولم يفسره ذلك الامر وان كان أخبر بأنه معنى يقتضي الاباحة فخرج يسأل عن ذلك الامر وتفسيره فأخبر به وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا واذا خروا يريد أنه أطلق لهم الاكل بعد الثلاث

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا وكل مسكر حرام يأتي في كتاب الاشربة ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ قال أبو عبيد الله روى الهجر الفحش والهجر بفتح الهاء الهذيان قال محمد بن سحنون في شرح الموطأ لا تقولوا هجرا لا تدعوا بالويل والحرب والعويل أو تقولوا ما يسخط الله قال محمد في رواية على لا تقولوا هجرا لا تقولوا سوأ قال محمد وغيرنا يقرؤها لا تعروا هجرا

﴿ الشريعة في الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة ﴾

قوله وعن كم تذبح البقرة والبدنة يريد وتضرب البدنة وسيأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى في كتاب الذبائح ولكنه عطف تذكية البدنة على تذكية البقرة بلفظ الذبح لما كان المعنى واحدا في التذكية **ص** مالك عن أبي الزبير المكي عن جابر بن عبد الله انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة **ش** قوله نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة يقتضي ان البدن والبقرة نحر وسيأتي بعد هذا مفسرا في كتاب الذبائح ان شاء الله تعالى وأما ما ذكر من ذبح الواحدة من ذلك عن سبعة فقد اختلف الناس في تأويله ومذهب مالك انه لا يجوز في الهدايا الواجبة ولا في الضحايا أن يشترك جماعة في ثمن الاضحية والبدنة فيشترونها بالثمن المشترك ثم يذبحونها أو ينصرونها فأما هدى التطوع فالشهور عنه ان الاشتراك فيه غير جائز وحكي القاضي أبو الحسن انه روى عنه ان ذلك يجوز ويجوز عند مالك أن يكون الاضحية لرجل واحد فيذبحها عنه وعن أهل بيته ومن في عياله وان كانوا أكثر من سبعة وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترك سبعة في ثمن الهدى والاضحية

ثم يذبحونها اذا كان كل واحد منهم قصدا لقربة في ذبحه وان كانت وجوهها مختلفة مثل ان يلزم
أحدهم جزاء صيد ويلزم الآخر فدية أذى ويريد هدى تطوع فان كان منهم من لا يقصد القربة وانما
يقصد اللحم لم يجزه ذلك وقال زفر لا يجزى حتى تكون وجوه القربة واحدة وقال الشافعي ان
ذلك يجزه على كل وجه واتفقوا على انه لا يجزى عن أكثر من سبعة فالخلاف بيننا وبينهم في فصلين
أحدهما انه لا يجوز الاشتراك في الرقبة عندنا ويجوز عندهم والثاني انه يجوز عندنا أن تنصر البدنة
الواحدة عن أكثر من سبعة وعندهم لا يجوز ذلك والدليل على ما نقوله قوله تعالى ومن قتله منكم
متعمدا فجزاءه مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فوجه الدليل من الآية
انه تعالى أوجب على من قتل الصيد اخراج مثله هديا بالغ الكعبة ومن أخرج سبع بدنة فلم يخرج مثل
ما قتل من الصيد ومن جهة القياس أن هذا هدى فلم يجز أن يكون مشتركا أصله الشاة ما هم فاحتج من
نصر قوله بالحديث المنصوص نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة
والبقرة عن سبعة والجواب ان القاضي أبا الحسن قد أجاب عن هذا بأن حديثنا أبي الزبير وهم
لذكروه البقرة عن سبعة وجوابه سر والشيخ أبو بكر بجواب ثان انه يحتمل أن يكون النبي صلى
الله عليه وسلم هو الذي نحر عنهم وكان الهدى جميعه له ونحن انما منع الاشتراك في رقبة الهدى
والأضحية قالوا وهذا كما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى وقال هذا عني وعن لم يضح من
أمتي قال القاضي أبو اسحاق فكان هذا والله أعلم كما يذبح الرجل عنه وعن أهله لان المسلمين كلهم
أهل النبي صلى الله عليه وسلم هو أب لهم وأزواجه أمهاتهم قال واحسب ان الذي روى من اشتراكهم
يوم الحديبية في البدن من هذا الجنس ولعل النبي صلى الله عليه وسلم ساقها وأشرك بينهم فيها
ولم يخرج كل واحد جزأ من ثمنها وعلى هذا التأويل يجوز للإمام أن يدخل غيره من رعيته في أضحيته
وأجاب عن الحديث بجواب آخر انه ان كان صح هذا الحديث فلا يمنع أن يكونوا قد ساقوا ذلك
وقلدوه تطوعا والذي أدى الثمن واحد وقد أشرك معه قوم ما لم يأخذ منهم ثمننا وقد روى عن مالك ان
الاشتراك في هدى التطوع المحض جائز على هذا الوجه فاما أن يزن كل واحد منهم جزأ من ثمنه أو
يجوز ذلك فيما يلزم الانسان في خاصة نفسه من هدى واجب أو أضحية تتعين على الانسان بالسنة فلا
وليس في الحديث ما يدل على ذلك وجواب ابن المواز فيما احتج به عليه من ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا يشرك النفر منكم في الهدى يوشك ان ذلك كله كان من النبي صلى الله عليه وسلم لا من
لانهم كلهم عياله فيخرج عنهم أو يدفع الى كل نفر منهم مثل ما لو فعل ذلك رجل بمن تلزمه نفقته فان
قيل فانهم لا يجزون أن تذبح الأضحية والهدى عن عدد من الناس الا أن يكون أهل بيت واحد والذي
ذبح يوم الحديبية سبعون بدنة ولا يتفق أن يكون كل سبعة منهم أهل بيت فالجواب عن ذلك من
وجوه اما على تجوز الاشتراك في هدى التطوع فلا يراعى ذلك ويسقط هذا السؤال جلية واما على
منع ذلك في هدى التطوع وغيره فعنه جوابان أحدهما ان جميع المسلمين كانوا للنبي صلى الله عليه
وسلم بمنزلة أهل بيته فيجوز له أن ينحر عن سبعة منهم كما روى انه ذبح عنه وعن جميع من لم يضح من أمته
فشرك بينهم في أضحيته وان لم يجز لبعضهم أن يشرك بعضا وهذا كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه ذبح
عن آل محمد بقرة واحدة رواه أبو عبد الرحمن النسوي أخبرنا ابن عبد الأعلى أخبرنا ابن وهب أخبرني
يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن آل محمد في حجة
الوداع بقرة واحدة وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون منهم أهل بيت من خمسة وأهل بيت من

سبعة وقوم ليسوا أهل بيت ففجر الهدى عن سبعة وعن خمسة وعن واحد وقصد الراوى الى الاخبار عن أكثر عدد نحررت عنهم بدنة أو بقرة فأخبر بذلك ولم يقصد الاخبار عن آحاد الناس بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر عن نفسه بدنة ولم يخبر بذلك جابر في حديثه وهذا كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ذبح عن نسائه البقر وليس في الحديث انه لم ينحر بقرة عن أقل من سبعة فيصح لكم هذا التعلق فان قيل هذا القول عندكم أن لا تنحر بدنة قد قلت وأشعرت عن أهل بيت ولا عندهم فكيف يجوز أن تنحر عن سبعة أو أقل فالجواب عندي انما لم يجز ذلك مالك في هذه الرواية في هدى قلت وأشعر عن واحد أو قلدا وأشعر عن جماعة على وجه يقتضى اشتراكهم في رقبته وأما ما لم يسبق به ايجاب بتقليد ولا اشعار وانما وجب بالنحر أو الذبح فانه يجري مجرى الأضحية أو يكون مضافا ملكه لواحد وقد أوجب على جميعهم على سبيل الاشتراك في الاجر ورقبة الهدى باقية على صاحبه المقلد فانه يجوز ذلك ويستقدم في كتاب الحج

(فصل) وأما الدليل على ان الأضحية يذبحها الرجل عن أكثر من سبعة ان ما زاد على السبعة من عياله أو ممن يصح أن يرده بأضحيته فجائز أن يضحي عنه كما لو كانوا أقل من سبعة (مسألة) اذا ثبت ذلك فان الشاة والبقرة والبدنة كل واحد من ذلك يجزى عن الجماعة السبعة وأكثر من أهل البيت في الأضحية رواه ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك عندي أن يذبحها عن جميعهم فيسقط عنهم بذلك حكم الأضحية ولكن لحم الشاة باق على ملكه حتى يعطى من شاء منهم ما يريد ولو أراد أن يتصدق بجميعه لم يكن لهم منعه من ذلك (فرع) فاذا قلنا بقول مالك ان الاشتراك يجوز في هدى التطوع فلا فرق بينه وبين الأضحية فاذا قلنا بقول مالك الآخر انه لا يجوز ذلك فالفرق بينهما ان الهدى يجب بالتقليد والاشعار فثبت فيه نوع من الاشتراك قبل انفاذ ذبحه فلذلك منع الاشتراك فيه لان النية لا توجهها ألا ترى انه من اشترى أضحية لنفسه ثم بدله قبل أن يذبحها أن يشرك فيها أهل بيته جاز ذلك رواه ابن المواز عن ابن القاسم وهذا ما لم يجب الأضحية بالقول فان أوجبها بالقول فحكمها يجب أن يكون حكم الهدى الذي قد وجب بالتقليد والله أعلم ص * مالك عن عمار بن صياد ان عطاء بن يسار أخبره ان أبا أيوب الأنصاري أخبره ان أبا أيوب الأنصاري أخبره قال كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة * ش قوله كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ير يدان الرجل كان يتناول اخر اجهما من ماله ولذلك أضاف ذبحها اليه ولكنه كان يشرك أهل بيته في ثوابها ويسقط عنهم بذلك ما تعين عليهم من الأضحية وفي هذا حاجة على جواز ذلك عن أهل البيت لان قول أبي أيوب كنا نضحي بالشاة لا يثبت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وأتى بلفظ يقتضى التكرار ومثل هذا مع تكراره لا يخفى في الغلب عن النبي صلى الله عليه وسلم فاذا لم يمنع منه ولم ينكره دل ذلك على جوازه وفي هذا ثلاثة أبواب أحدها ما يستحب من عدد الضحايا والثاني فمن يجوز أن يدخله الانسان في الأضحية والثالث فمن يلزم الانسان أن يضحي عنه

* الباب الأول فيما يستحب من عدد الضحايا *

لا خلاف ان الواحد من بهيمة الأنعام يجزى الانسان في أهل بيته ولكن قال مالك استحب قول ابن عمر أن يضحي عن كل انسان بشاة لمن استطاع ذلك وجه ذلك انه أكثر ثوابا وأبعد من الاشتراك الذي هنا في الضحايا

* وحدثني عن مالك عن
عمار بن صياد ان عطاء
ابن يسار أخبره ان أبا
أيوب الأنصاري أخبره
قال كنا نضحي بالشاة
الواحدة يذبحها الرجل
عنه وعن أهل بيته ثم
تباهى الناس بعد فصارت
مباهاة

﴿ الباب الثاني فممن يجوز للانسان أن يشركه في أخيه ﴾

يجوز للانسان أن يضحي عن نفسه وعن أهل بيته بالشاة الواحدة يعني بأهل بيته أهل نفقته قليلا كانوا أو كثيرا والأصل في ذلك حديث أبي أيوب كنان ضحى بالشاة الواحدة بذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته زاد ابن المواز عن مالك وولديه الفقيرين قال ابن حبيب وله أن يدخل في أخيه من بلغ من ولده وإن كان غنيا إذا كان في نفقته وبيته وكذلك من ضم إلى نفقته من أخ أو ابن أخ قريب فأباح ذلك بثلاثة أسباب أحدها الانفاق عليه والثاني المساكنة له والثالث القرابة قال ابن المواز عن مالك له أن يدخل زوجته في أخيه ووجه ذلك ما قدمناه لان المساكنة والانفاق موجودان والزوجة آكد من القرابة قال الله تعالى وجعل بينكم مودة ورحمة قال مالك في الموازية إن شاء أن يدخل في أخيه أم ولده ومن له فيه بقية رق أجزاء ووجه ذلك ما قدمناه ولان الولاء حجة كل حجة النسب وهو ثابت في أم الولد وسببه موجود فممن له عليه رق والله أعلم (مسئلة) ولا يدخل يتيمة في أخيه ولا يشرك بين يتيمة في أخيه وإن كانا أخوين والجد والجدة كالأجانب قاله ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب ولا شريك ولا رفيق من الأجانب ووجه ذلك ما عدهم من بعض الشروط الثلاثة يريدان الجد والجدة ليسا في نفقته ولو كانا على ذلك لجاز عندى ما تقدم في الأقارب

﴿ الباب الثالث في ذكر من يلزمه أن يضحي عنه ﴾

روى ابن حبيب عن مالك يلزم الرجل أن يضحي عن نفسه وعن أولاده ما لزمه الانفاق عليهم ولا يلزمه أن يضحي عن زوجته ولا رفيق أمه ولا من له فيه بقية رق (فصل) وقوله ثم تباهى الناس فصارت مباهاة قال ابن حبيب والمباهاة بما كان لله أفضل يريد أن الزيادة في ذلك إذا خلصت لله تعالى أفضل من التقليل ولذلك يستحب له أن يخرج أفضل ما يقدر عليه وأكثر ثمن ما لم يخرج عن المتعارف وفي العتية قال أشهب كره مالك تعالى الناس في الأخية ويشترى كسراء الناس فاما ان يجده بعشرة ويشترى بمائة فاني أكرهه ويدخل على الناس مشقة ومعنى ذلك الخروج عن المتعارف من قصد المباهاة ويشق على من أراد منافسته قاصدا للخير فتدخل في ذلك الكراهية من وجهين أحدهما قصد المباهاة وهذا يتعلق بالمعتاد وغيره والوجه الثاني الخروج عن العادة والشذوذ في المغالاة وكذلك في العدد تتعلق به الكراهية من وجه المباهاة وهو في المعتاد من اخراج ضحية عن كل انسان وتقيده من الزيادة عليه والمقارنة له والثاني الشذوذ والخروج عن العادة فاذا سلم من الأمرين فلا يقال ان ذلك مذموم لمافيه من المباهاة اذا أريد به وجه الله تعالى وانما ذم أبو أيوب رضي الله عنه من ذلك التفاخر بين الناس على ان لفظ المباهاة فيه نظر لانه انما يستعمل في المفاخرة ومن يقصدها ص ﴿ قال مالك أحسن ما سمعت في البدنة والبقرة والشاة أن الرجل ينصر عنه وعن أهل بيته البدنة ويدبح البقرة والشاة الواحدة وهو يملكها ويدبحها عنهم ويشركهم فيها فاما أن يشتري النفر البدنة أو البقرة أو الشاة يشتركون فيها في النسك والضحايا فيخرج كل انسان منهم حصة من ثمنها وتكون له حصة من لحمها فان ذلك يكره وانما سمعت الحديث انه لا يشتركون في النسك وانما يكون عن أهل البيت الواحد ﴿ وهذا كما قال ان الناس قد اختلفوا في الاشتراك في البدنة أو البقرة في الضحايا والنسك وان أحسن ما سمع في ذلك أن يكون ملكها الواحد بدنة كانت أو بقرة أو شاة فيذبحها عنه وعن أهل بيته

* قال مالك أحسن ما سمعت في البدنة والبقرة والشاة أن الرجل ينصر عنه وعن أهل بيته البدنة ويدبح البقرة والشاة الواحدة هو يملكها ويدبحها عنهم ويشركهم فيها فاما أن يشتري النفر البدنة أو البقرة أو الشاة يشتركون فيها في النسك والضحايا فيخرج كل انسان منهم حصة من ثمنها ويكون له حصة من لحمها فان ذلك يكره وانما سمعت الحديث انه لا يشتركون في النسك وانما يكون عن أهل البيت الواحد

أضحى * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه يصح ذلك بنيتته وإن لم يعلم أهل بيته بذلك ولذلك يدخل فيها من صغار ولده من لا تصح نيته وأما أن يتقدم ملك كل واحد منهم لجزء منها بقدر ما أدى من ثمنها فإن ذلك مكره عنده ووجهه أن النسك لا يتبعض ببعض ذلك أن بدله لا يجوز ذلك فيه وهو مما يصح أن يتبعض فبان لا يجوز في بدله الذي لا يصح أن يتبعض أولى ص * مالك عن ابن شهاب أنه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته واحدة أو بقرة واحدة قال مالك لا أدري أيتهما قال ابن شهاب * ش قوله ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته واحدة أو بقرة واحدة يقتضى الاشتراك في ذلك على ما ذكرناه وجواز الاقتصار على واحدة للرجل وأهل بيته ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في عام ما لعدم الضحايا أو الهدايا ويحتمل أن يكون فعل ذلك مع كثرتها للبين جواز ذلك

* الضحية عما في بطن المرأة وذكر أيام الأضحى *

ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال الأضحى يومان بعد يوم الأضحى * مالك أنه بلغه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه مثل ذلك * ش قوله الأضحى يومان بعد يوم الأضحى يريد أن يوم الأضحى أولاً يوم الذبح ثم اليومان بعده وإن اليوم الرابع ليس من أيام الذبح وهذا قال مالك وسفيان الثوري وأبو حنيفة وقال الشافعي أيام الذبح أربعة يوم النحر وثلاثة أيام التشريق بعده وقد استدلل القاضي أبو الحسن في ذلك بقوله تعالى ليدكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام قال والأيام المعلومات يوم النحر ويومان بعده والأيام المعدودات ثلاثة بعد يوم النحر فيوم النحر معلوم غير معدود واليومان بعده معلومان معدودان والرابع معدود غير معلوم وفائدة وصفنا له بأنه معلوم أنه من أيام الذبح وفائدة وصفنا له بأنه معدود أنه من أيام الرمي وقد قال الله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلاثم عليه ومن تأخر فلاثم عليه ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث ومعلوم أنه أباح الأكل منها في أيام الذبح فلو كان اليوم الرابع منها لكان قد حرم على من ذبح في ذلك اليوم أن يأكل من أضحيتته ودليلنا من جهة القياس أنه يوم مشروع للتقرب قبله فلم يكن من أيام الذبح كاخماس (مسئلة) إذا ثبت أن أيام الذبح ثلاثة فإن أفضلها أولها وهو يوم النحر قاله ابن المواز وغيره ووجه ذلك قوله تعالى وسارعوا إلى مغفرة من ربكم ومعنى ذلك والله أعلم المسارعة إلى الطاعة وأداء العبادة (مسئلة) وليس الليل من زمن الذبح في أضحى ولا هدى ولا عقيقة ومن فعل ذلك لم يجزه رواه ابن حبيب عن مالك وقال أبو حنيفة والشافعي تذبح الأضحية ليلاً قال القاضي أبو الحسن وقد روى عن مالك من فعل ذلك أجره واستدل مالك في ذلك بقوله تعالى ليدكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام قال القاضي أبو الحسن أراد بذلك والله أعلم التسمية على الذبيحة وخص بذلك الأيام فوجب أن يتعلق بهادون الليالي على ما نعتقده من القول بدليل الخطاب * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن يتعلق بهذه الآية ليس من باب دليل الخطاب وذلك أن الشرع ورد بالذبح في زمن مخصوص وطريق يتعلق بالنحر والذبح بالآيات الشرعية لا طريق له غير ذلك فاذا ورد الشرع بتعلقه بوقت مخصوص لقوله تعالى في أيام معلومات ونحر النبي صلى الله عليه وسلم وذبحه أضحيتته نهياً عما ناجوا ذلك في النهار ولم يجز أن نعد به إلى الليل إلا بدليل وقد طلبنا

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أنه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته واحدة أو بقرة واحدة قال مالك لا أدري أيتهما قال ابن شهاب * الضحية عما في بطن المرأة وذكر أيام الأضحى * حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال الأضحى يومان بعد يوم الأضحى * وحدثني عن مالك أنه بلغه عن علي بن أبي طالب مثل ذلك

في الشرع فلم نجد دليلا ولو كان لوجدناه مع البحث والطلب فهذا من باب الاستدلال بعنتم الدليل (فرع) ويستحب أن يؤخر أضحيتة في اليوم الثاني والثالث إلى أن تطلع الشمس وتحل السبعة وليس عليه أن ينتظر قبل صلاة الامام في اليوم الاول رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان ما قبل طلوع الشمس مختلف فيه انه من الليل فيستحب الخروج من الخلاف واذا طلعت الشمس أخر إلى تمكن طلوعها الثلاثا يكون الذبح عند طلوعها كالقصد لها بذلك ص * مالك عن نافع أن عبد الله ابن عمر لم يكن يضحي عما في بطن المرأة * ش قوله لم يكن يضحي عما في بطن المرأة يريد انه ليس له حكم الحي حتى يستهل صار خابعا للولادة ألا ترى انه لا يرث ولا يورث ولا يحكم له بحكم الوصية والأضحية من أحكام الحي وقد روى محمد عن مالك لا يعجبني أن يضحي الرجل عن أبويه الميتين (مسألة) قال ابن حبيب وليس على من فيه بقيرة رق أضحية ولا على سيدهم لأم ولد ولا غيرها إلا أن يشاء أن يضحي عنهم أو يدخلهم في أضحيتهم أو يأمرهم بذلك من ماله أو أموالهم فحسن ووجه ذلك ان الرق بنافي القرية والمال لكتنه لما كانت هذه القرية عائدة إلى منفعة المتقرب بها صحت من العبد باذن السيد بخلاف الزكاة (مسألة) ومن ولده مولود في أيام النحر وقد ضحى أو لم يضح فعليه أن يضحي عنه قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن وقت لزوم الأضحية هو وقت أدائها وهو إلى غروب الشمس من آخر ثاني أيام التشريق فمن ولده مولود في ذلك الوقت أو أسلم من المشركين في ذلك الوقت ثبت في حقه حكم الأضحية ص * قال مالك الأضحية سنة وليست بواجبة ولا أحب لأحد من قوى على ثمنها أن يتركها * ش وهذه العبارة يستعملها أصحابنا فيما تأكد استحبابه وبلغ صفة ما من تأكيده الاستحباب وإن لم يجب فعله وقد قال ابن القاسم في المدونة من تركها أثم وهذا معنى الوجوب وقال ابن المواز في كتابه هي سنة موجبة وقال ابن حبيب هي من واجبات السنن وتركها خطيئة * قال القاضي أبو محمد أطلق بعض أصحابنا عليها أنها واجبة وانما يريدون بذلك انها سنة مؤكدة وهذا محتمل من الأقوال غير قول ابن القاسم وابن حبيب اللذين يؤثمان تاركها فانها لا تحتل الا الوجوب والاول أشهر في المذهب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هي واجبة على من ملك نصابا من أهل الإقامة دون المسافرين والمقيم الذي لا يملك النصاب وذلك ما تادروهم بعد المنزل والخادم والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم في صحيحه عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي فامسك عن شعره وأظفاره فوجه الدليل منه أنه صلى الله عليه وسلم علق ذلك بارادة المكلف ولو كان واجبا لم يفتقر إلى ارادته ودليلنا من جهة القياس ان هذه ذبيحة لا تجب على المسافر فلم تجب على المقيم كالعقيقة وفي المبسوط عن اسماعيل بن أبي أويس أن المسافر لا أضحية عليه لانه ليس عليه صلاة عيد والمشهور من مذهب مالك ما تقدم والله أعلم (مسألة) اذا ثبت ذلك فإن الأضحية على أهل الآفاق وجميع الناس قال ابن حبيب صغيرهم وكبيرهم ذكورهم وإناهم قال ابن المواز الاحرار من أهل منى وغيرها والمقيم والمسافر في ذلك سواء الا الحاج خاصة في ذلك بمنى فانهم لا أضحية عليهم ووجه ذلك أنه قرب في المال من غير الزكاة المفروضة فكانت عامة على من وجدها كزكاة الفطر وأما الحاج بمنى فليس عليهم أضحاح قال ابن حبيب وذبيحة الحاج خدي وليست بأضحية وليس وجوبه كوجوب الضحايا ووجه ذلك أن الحاج لما كان نسكه شعارا وهو التلبية كان نسكه بالذبح شعارا وهو التقليد والاشعار والاصل في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قلدوا شعر ما ساقه في حجه وعمرته وجعله هديا ولم يضح بشئ منه (مسألة) ويلزم وصي اليتيم أن

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر لم يكن يضحي عما في بطن المرأة قال مالك الأضحية سنة وليست بواجبة ولا أحب لأحد من قوى على ثمنها أن يتركها

يُصْحَى عَنْهُ وَإِنْ كَانَ مَالُهُ ثَلَاثِينَ دِينَارًا بِشَاءَ بِنَصْفِ دِينَارٍ رَوَاهُ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعَتِيَّةِ وَوَجْهٌ
ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مِنَ الْحَقُوقِ الَّتِي تَلْزِمُ مِنْ مَالِهِ لِلَّهِ تَعَالَى وَهَذَا الْمَقْدَارُ مِنَ الْمَالِ يَحْتَمِلُ الْمَوَاسَاةَ بِهَذَا
الْمَقْدَارِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾
(كِتَابُ الْعَقِيْقَةِ)
﴿ مَا جَاءَ فِي الْعَقِيْقَةِ ﴾

ص ﴿ مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي ضَمْرَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ سَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْعَقِيْقَةِ فَقَالَ لَا أَحِبُّ الْعَقُوقَ وَكَأَنَّهُ أَنْكَرَهُ الْأَسْمَ وَقَالَ مَنْ وَلَدَهُ وَلَدًا فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسَكَ
عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ ﴿ ش قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا أَحِبُّ الْعَقُوقَ ظَاهِرُهُ كَرَاهِيَةُ الْأَسْمِ لِمَا فِيهِ مِنْ
مِثَابَةِ لَفْظِ الْعَقُوقِ وَأَنَّهُ يُسَمَّى نَسَكًا كَمَا قَالَ بُزْجُ الْخَدِييَّةِ حِينَ وَرَدَ عَلَيْهِ سَهِيلُ بْنُ عَمْرِو وَسَهْلُ
لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ وَكَرِهَ لِحَزْنِ أَنْ يُسَمَّى حَزْنًا قَالَ مَالِكٌ إِنَّهُ لَيَقَعُ فِي قَلْبِي مِنْ شَأْنِ الْعَقِيْقَةِ أَنَّ الْيَهُودَ
وَالنَّصَارَى يَمْعِدُونَ مَاءً يَجْعَلُونَ فِيهِ وَيَقُولُونَ قَدْ أَدْخَلْنَاهُمْ فِي الدِّينِ بِمَا يَعْمَلُونَ بِصِيَابِهِمْ وَإِنْ مِنْ
شَأْنِ الْمُسْلِمِينَ الذَّبْحُ فِي الْعَقِيْقَةِ وَقَدْ عَقَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْحَسَنِ فَيَقَعُ فِي قَلْبِي فِي
الذَّبْحِ عَنِ الصَّبِيِّ أَنَّهُ شَرِيعَةٌ لِلدِّينِ قَالَ مَالِكٌ وَقَدْ سَمِعْتُ غَيْرِي يَذْكُرُ ذَلِكَ

(فَصْل) وَقَوْلُهُ وَمَنْ وَلَدَهُ وَلَدًا فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسَكَ عَنْهُ فَلْيَفْعَلْ يَقْتَضِي أَنَّ الْعَقِيْقَةَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ لِأَنَّهُ عُلِقَ
ذَلِكَ بِاخْتِيَارِ أَبِي الْمَوْلُودِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَبْسُوطِ مَنْ لَمْ يَذْبَحْ وَلَمْ يَطْعَمْ فَلَا تَمُّ عَلَيْهِ وَبِهَذَا قَالَ جَهْوَرُ
الْفُقَهَاءِ وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ وَدَاوُدُ أَنْهَا قَالَاهُ وَاجِبَةٌ وَدَلِيلُنَا عَلَى صِحَّةِ قَوْلِ مَالِكٍ
الْحَدِيثُ الْمَتَّقَمُ (مُسْتَلْه) إِذَا ثَبِتَ أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ فَانْهَامَا قَالَاهُ وَاجِبَةٌ وَدَلِيلُنَا عَلَى صِحَّةِ قَوْلِ مَالِكٍ
وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ الْحَدِيثُ الْمَتَّقَمُ وَفِيهِ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَاءَ نَسَكًا وَالِدَلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا
حَدِيثُ سَمُرَةَ بْنِ جَنْدَبٍ وَفِيهِ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ مَعَ الْغُلَامِ عَقِيْقَتَهُ فَهَرِيقُوا عَنْهُ دَمًا وَالْأَمْرُ
يَقْتَضِي الْوَجُوبَ وَالنَّدْبَ فَإِذَا اجْتَمَعْنَا أَجْعَلْنَا أَنَّهَا لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ فَأَقْلَّ أَحْوَالُ النَّدْبِ

(فَصْل) وَقَوْلُهُ فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسَكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ يَقْتَضِي أَنَّ ذَلِكَ فِي مَالِ الْأَبِ عَنْ ابْنِهِ وَلِذَلِكَ قَالَ
فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسَكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ وَلَوْ كَانَ لِلْمَوْلُودِ مَالٌ لَكَانَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنَّ تَكُونَ الْعَقِيْقَةَ فِي مَالِ
الْأَبِ عَنْ ابْنِهِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسَكَ عَنْ ابْنِهِ فَأُثْبِتُ ذَلِكَ فِي جِهَةِ الْآبَاءِ عَنِ الْإِبْنِ
وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَبْسُوطِ يَعْقُ عَنْ الْيَتِيمِ مِنْ مَالِهِ وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُ أَحَدًا مِنَ الْآقَارِبِ غَيْرَ الْأَبِ وَاللَّهُ
أَعْلَمُ (مُسْتَلْه) إِذَا ثَبِتَ ذَلِكَ فَانْ وَقْتُ ذَبْحِ الْعَقِيْقَةِ ضَحْيُ سَاعَةِ تَذْبِجِ الْأُخْيَةِ رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ مَالِكٍ
وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَا تَذْبَحُ الْعَقِيْقَةَ لَيْلًا وَلَا بِالسَّحَرِ وَلَا بِالْعَشِيِّ الْأَمْنُ الضَّحْيُ إِلَى الزَّوَالِ زَادَ مَالِكٌ فِي
الْمَبْسُوطِ وَمَنْ ذَبَحَهَا قَبْلَ الْوَأْنِ الَّذِي تَذْبَحُ الضَّحْيَةَ فِيهِ لَمْ أَرَهَا مَجْزِيَةً وَلِيَذْبَحُ عَقِيْقَةَ أُخْرَى ضَحْيُ
يَتَعَرَّى ذَلِكَ وَوَجْهٌ ذَلِكَ أَنَّهُ نَسَكٌ يَسْتَحِبُّ اخْرَاجَهُ مِنْ غَيْرِ تَقْلِيدٍ فَكَانَتْ سَنَةٌ ذَبَحَهُ ضَحْيُ كَالْأُخْيَةِ
(مُسْتَلْه) إِذَا ثَبِتَ ذَلِكَ فَانْهَا تَذْبِجُ يَوْمِ سَابِعِ الصَّبِيِّ الْمَوْلُودِ وَذَلِكَ أَنَّ يَمْضِي لِلْمَوْلُودِ سَبْعَةُ أَيَّامٍ وَسَبْعُ
لَيَالٍ رَوَى سَمُرَةُ بْنُ جَنْدَبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ كُلُّ غُلَامٍ رَهْنٌ بِعَقِيْقَتِهِ يَذْبَحُ عَنْهُ
يَوْمَ سَابِعِهِ وَيَحْلِقُ وَيُسَمَّى فَإِنْ لَمْ يَعْقْ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ فَهَلْ يَعْقُ عَنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْ لَا رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ
عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ مَنْ تَرَكَ أَنْ يَعْقَ عَنْ ابْنِهِ يَوْمَ سَابِعِهِ فَانْ يَعْقُ عَنْهُ فِي السَّابِعِ الثَّانِي فَإِنْ تَرَكَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
﴿ كِتَابُ الْعَقِيْقَةِ ﴾
﴿ مَا جَاءَ فِي الْعَقِيْقَةِ ﴾
﴿ حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ
عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ رَجُلٍ
مِنْ بَنِي ضَمْرَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ
قَالَ سَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى
اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْعَقِيْقَةِ
فَقَالَ لَا أَحِبُّ الْعَقُوقَ
وَكَأَنَّهُ أَنْكَرَهُ الْأَسْمَ وَقَالَ
مَنْ وَلَدَهُ وَلَدًا فَأَحَبُّ أَنْ
يَنْسَكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ

ذلك في الثالث فان جاوز ذلك فقد فات وقت العقيقة وروى ابن حبيب عن مالك لا يجاوز بالعقيقة اليوم السابع قال الشيخ أبو بكر والقول الثاني أقيس وجه الرواية الثانية انه لما كان اليوم الثامن نسك فلم يكن وقت ذبحه أقل من ثلاثة أيام كالأضحية ووجه الرواية الثانية انه لما كان اليوم الثامن أقرب الى السابع مما بعده ثم مع ذلك لا يذبح فيه فبان لا يذبح فيما بعده أولى (مسئلة) ولا يجوز تقديم العقيقة قبل السابع قال مالك في المبسوط ان مات الصبي قبل السابع فليس عليهم أن يذبحوا عنه فاقضى ذلك ان وقت ثبوت حكمها هو الوقت المذكور من اليوم السابع فان أدرك الصبي ذلك الوقت ثبت حكمها وان مات قبل ذلك بطل حكمه والله أعلم وأحكم ص * مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدق بزنة ذلك فضة * وحدثني عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن علي بن حسين انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين بزنة فضة * ش فعل فاطمة رضي الله عنها هذا حسن لمن فعله وليس ذلك بلازم قاله القاضي أبو محمد وقال الشيخ أبو القاسم في تفريره ليس على الناس التصديق بوزن شعر المولود ذهباً أو ورقاً من فعله فلا بأس به وقال مالك في العتية ما ذلك من عمل الناس وما أرى ذلك عليهم ومعناه والله أعلم انه ليس بلازم ولا بأس بمشروع ومن فعل ذلك ابتداء من غير أن يرى ذلك لازماً فلا نكير فيه بل هو فعل بر ويستحب أن يحلق شعر الصبي يوم سابعه قال ابن حبيب وقال الشيخ أبو اسحاق هو معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم وأميطوا عنه الأذى

* العمل في العقيقة *

ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا أعطاه إياها وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والانات * ش قوله أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا أعطاه إياها كان ذلك من فعل عبد الله بن عمر لان العقيقة مشروعة وهي من عمل البر وكان لا يسأله أحد من أهله المعونة على البر الا أعانه عليه وأجابه اليه (فصل) وقوله وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والانات هذا مذهب مالك وقال أبو حنيفة يعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة قال ابن حبيب روى عن عائشة شاتان عن الغلام وشاة عن الجارية وذلك حسن لمن أحدثه والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك حديث ابن عباس المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علق عن الحسن والحسين كبشاً وكبشاً ولا يفعل صلى الله عليه وسلم الا الأفضل ولما واطب على هذا ثبت ان ذلك هو الأفضل وعند المخالف ان الشاة الواحدة ليست بمجزئة عن الغلام ودليلنا على ما نقوله ان هذا مخرج متقرب به فاستوى فيه الذكر والأنثى كالأضحية والهدي ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن ابراهيم بن الحرث التيمي انه قال سمعت أبي يستحب العقيقة ولو بعصفور * ش قوله يستحب العقيقة ولو بعصفور قال ابن حبيب ليس يريد أن يجزى العصفور وانما أراد بذلك تحقيق استحباب العقيقة وأن لا تترك وان لم تعظم فيها النفقة وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك لا يعق بشئ من الطير ولا الوحش ووجهه ان العقيقة نسك يتقرب به فلم يجز من غير بهيمة الأنعام كالأضحية والهدي (مسئلة) ولا يعق إلا الضأن والمعز والابل والبقر قاله مالك قال ابن حبيب والضأن أفضلها

* وحدثني عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدق بزنة ذلك فضة * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن علي بن الحسين انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين فتصدق بزننه فضة

* العمل في العقيقة *

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا أعطاه إياها وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والانات * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن ابراهيم بن الحرث التيمي انه قال سمعت أبي يستحب العقيقة ولو بعصفور

قال مالك في المبسوط ثم المعز أحب إلى من الأبل والبقر وقال الشيخ أبو اسحاق لا يعق بشئ من الأبل ولا البقر وإنما العقيقة بالضأن والماعز وهو في العتية عن مالك وجه الرواية الأولى أن هذا نسك فكان للأبل والبقر فيه مدخل كالأضحية والهدي ووجه الرواية الثانية أن النبي صلى الله عليه وسلم عاق عن الحسن والحسين بشاة شاة وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب أما في وجوب الفعل وأما في تعلقه بجنس العين (مسئلة) والمسن الذي يجزى في العقيقة من كل جنس من أجناس الأنعام هو المسن الذي يجزى في الضحايا وإياه الشيخ أبو القاسم عن مالك قال ابن حبيب وهذا في شاة النسك وأما ما يكثر به الطعام فلا يراعى فيه جنس ولا سن ولا غير ذلك قال مالك في المبسوط ذبحت عن ولدي عقيقة فذبحت من الليل ما أريد أن أدعو إليه اخواني وغيرهم فلهما كان ضعي ذبحت شاة العقيقة فأهديت منها للجيران وأكل منها أهل البيت ص * مالك أنه بلغه أنه عاق عن حسن وحسين ابني علي بن أبي طالب * ش قوله عاق عن الحسن والحسين يقتضي أنه سنة لأنه ان كان من فعل النبي صلى الله عليه وسلم فهو السنة التي يلزم المصير إليها وان كان من فعل غيره فثقل هذا لا يخفى عليه صلى الله عليه وسلم من حال الحسن والحسين فإذا أقر عليه ثبت جوازه ص * مالك عن هشام بن عروة أن أباه عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والإناث بشاة شاة * ش قوله كان يعق عن بنيه الذكور بشاة شاة يقتضي المساواة بين الذكور والإناث في ذلك ويقتضي الاشتراك فيها ولا يضحى عن ابنين بشاة واحدة ولا بشاتين يشرك بينهما في كل واحدة وقدر وإياه الشيخ أبو القاسم عن مالك ووجه ذلك أنه نسك فلا يجوز الاشتراك فيه كالهدي والأضحية وإذا ولدت المرأة توأمين فقد روى ابن حبيب عن مالك كل واحد منهما بشاة ص * وقال مالك الأمر عندنا في العقيقة أنه من عاق فأنما يعق عن ولده بشاة شاة الذكور والإناث وليست العقيقة بواجبة ولكنها يستحب العمل بها وهي من الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا فن عاق عن ولده فأنما هي بمنزلة النسك والضحايا لا يجوز فيها عوراء ولا عجفاء ولا مكسورة القرن ولا مريضة ولا يباع من لحمها شيء ولا جلدها وتكسر عظامها ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها ولا يمس الصبي بشئ من دمها * ش وهذا كما قال ابن حبيب أن عاق عن ولده فأنما يعق عنهم بشاة شاة لأنه سنة العقيقة وتقدم ذكره وقوله فن عاق عن ولده فأنما هي بمنزلة النسك من الضحايا لا تجزى فيها عوراء ولا عجفاء يريد أن حكمها في سلامتها من العيوب حكم الضحايا ووجه ذلك أنه نسك متقرب به فشرعت فيه السلامة فيه من العيوب كالضحايا (فرع) ومن وجدها بعد أن ذبحها معيبة عيباً يمنع أجزاءها * قال القاضي أبو الوليد فعندي أنه يلزم بدلهما ما لم يفت وقتها وإن فات وقتها فلا شيء عليه ويكره وحكم لحمها حكم أضحية ذبحتها ثم وجد بها ما يمنع أجزاءها (فصل) وقوله ولا يباع شيء من لحمها ولا جلدها لأنه بعد الذبح لا يبقى فيها من معنى الملك أكثر من الانتفاع بها والتصدق فاما أن يجوز له بعد أن نسك بها أن يبيع شيئاً منها فلا وقد ذكر ذلك الشيخ أبو القاسم في تفريعه

(فصل) وقوله وتكسر عظامها قال ابن حبيب إنما قاله مالك لأن أهل الجاهلية كانوا إذا عاقوا عن المولود لم يكسروا العظام وإنما كانت العقيقة تفصل من مفصل إلى مفصل فأتى الإسلام بالرخصة في ذلك أن أحب أهلها يصنعون من ذلك ما وافقهم وفي الجملة أن كسر عظامها ليس بلامر وإنما لا يجوز تحري الامتناع منه والعقيقة في ذلك كسائر الذبائح وبما كان لها منية المخالفة لفعل

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أنه عاق عن حسن وحسين ابني علي بن أبي طالب * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة أن أباه عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والإناث بشاة شاة قال مالك الأمر عندنا في العقيقة أن من عاق فأنما يعق عن ولده بشاة شاة الذكور والإناث وليست العقيقة بواجبة ولكنها يستحب العمل بها وهي من الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا فن عاق عن ولده فأنما هي بمنزلة النسك والضحايا لا يجوز فيها عوراء ولا عجفاء ولا مكسورة القرن ولا مريضة ولا يباع من لحمها شيء ولا جلدها وتكسر عظامها ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها ولا يمس الصبي بشئ من دمها

أهل الجاهلية

(فصل) وقوله ويأكل أهلها من لحما ويتصدقون منها ما أكل الناسك بها من لحما فلا تنها ذبيحة مشروعة كمشرك الأضحية وكذلك وجه التصديق منها وقد قال الشيخ أبو القاسم لأبأس بالاكل منها والاطعام من غير حد

(فصل) وصفة الاطعام منها في العتية ليس الشأن عند نادعاء الناس الى طعامها ولكن يأكل أهل البيت والجيران وقال ابن المواز عن ابن القاسم يعرف منه للجيران قال مالك فاما أن يدعو اليه الرجال فاني أكره الفخر وقد قال مالك في المبسوط عقلت عن ولدي وذبحت ما أريد أن أدعوا اليه اخواني وغيرهم وهيأت طعامهم ثم ذبحت ضحى شاة العقيقة فأهديت منها للجيران وأكل منها أهل البيت وكسر واما بقى من عظامها فطبخت فدعونا اليها الجيران فأكلوا وأكلنا قال مالك فمن وجد سعة فأحب له أن يفعل هذا ومن لم يجد فليذبح عقيقة ثم ليأكل كل وليطعم منها وهذا مخالف لما علل ابن القاسم للنهي من ذلك بالفخر ومأقوله يقتضي أن سنة العقيقة أن يطعم منه الناس في مواضعهم لأنها نسك كالأضحية والهدي فان فضل منها شيء وأراد أن يدعو اليه من يخصه من جارا وصديق فلا بأس بذلك كالأضحية وأما طعام الصنيع وهو الاعداء فليس من سنة الضحايا ولا العقيقة فمن أراد أن يفعل ذلك بعد أداء سنة العقيقة فليفعل ومن اقتصر على العقيقة فليجرحها على سنتها قال مالك ولو أن صاحب العقيقة أكلها لم أر بذلك بأسا وأحب الي أن يعمل فيها بسنة الأضحية والهدي قال الله تعالى فكلوا منها وأطعموا الآية

(فصل) وقوله ولا يمسن الصبي بشئ من دمه معنى ذلك أنهم كانوا في الجاهلية يخضبون بطنه يوم العقيقة فاذا خلقوا الصبي وضعوه على رأسه فورد الشرع أن يجعلوا مكان الدم خلوفا فيستحب أن يخلق بالخلق رأس الصبي بدلا من الدم الذي كان في الجاهلية وقال القاضي أبو محمد لأبأس بالخلق بدلا من الدم الذي كانت تفعله الجاهلية وذلك مباح والله أعلم وأحكم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الذبائح

ما جاء في التسمية على الذبيحة

ص مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له يا رسول الله ان ناسا من أهل البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوا قال مالك وذلك في أول الاسلام ثم شق قوله يا رسول الله ان ناسا يأتوننا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا وقرر رسول الله صلى الله عليه وسلم لهم على هذا السؤال وجاوبته اياهم بما جاوبهم به دليل على اعتبار التسمية في الذبح ولو لم يكن للتسمية في ذلك حكم لقال لهم وما عليكم من التسمية سموا أولم يسموا سواء كما أن العجن والطبخ والزراعة لما لم يكن للتسمية تأثير فيها لم يكن للسؤال عن فعل ذلك أو تركه وجه وقد اختلف أهل العلم في تأثير التسمية في الذبيحة فروى ابن القاسم عن مالك في المدونة فيمن تعمد ترك التسمية على الذبيحة لمن توكل ذبيحته فان تركها ناسيا أكلت والى هذا ذهب الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد وبه قال أبو حنيفة وقال أشهب توكل إلا أن يترك ذلك مستغفرا وقال أبو بكر بن الجهم والقاضي

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الذبائح

ما جاء في التسمية على

الذبيحة

* حدثني يحيى عن مالك

عن هشام بن عروة عن

أبيه أنه قال سئل رسول

الله صلى الله عليه وسلم

فقيل له يا رسول الله ان

ناسا من أهل البادية يأتوننا

بلحمان ولا ندرى هل

سموا الله عليها أم لا فقال

رسول الله صلى الله عليه

وسلم سموا الله عليها ثم كلوا

قال مالك وذلك في أول

الاسلام *

أبو الحسن ان تركها عندما كرهه كل تلك الذبيحة ولا تحرم وقال الشافعي من تركها عندما أو ناسيا لم تؤكل ودليلنا على وجوب التسمية وانها شرط في صحة الذبيحة مع الذبح قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ودليلنا من جهة القياس انه معنى ورد الشرع بأنه فسق فوجب أن يكون حراما أصل ذلك سائر القسوق من قنف المحصنات والزنى وشرب الخمر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذي يستعمل من التسمية قال ابن الموزي يقول بسم الله والله أكبر قال ابن حبيب ولو قال بسم الله فقط أو الله أكبر فقط أو لا اله الا الله أو سبحان الله أو لا حول ولا قوة الا بالله من غير تسمية أجزاءه وكذلك كل تسمية لله تعالى ولكن ماضى عليه الناس أفضل ووجه ذلك ان هذا ذكر الله تعالى * قال مالك في العتبية وان زاد ذابح أضحيتهم بناتقبل من انك أنت السميع العليم وكره أن يقال اللهم منك واليك وغابه وشدد الكراهية فيه وقال لا يقال ذلك اذا اعتق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم سموا الله تعالى ثم كلوا يحتمل أن يريد به الامر بالتسمية عند الأكل لان ذلك مما بقى عليهم من التكليف وأما التسمية على ذبح تولاة غيرهم من غير علمهم فلا تكليف عليهم فيه وانما يعمل على الصحة حتى يتبين خلافها ويحتمل أن يريد به ان سموا الله أنهم الآن فتستبصرون به أكل ما لم تعرفوا أذ كراسمى عليه أم لا اذا كان الذابح ممن تصح ذبيحته ان سمي الله عز وجل

(فصل) وقول مالك وذلك في أول الاسلام لما روى في حديث عائشة في هذا الحديث ان الذابحين كانوا حديثي عهد بالاسلام ما يصح أن لا يعلموا مثل هذا ولم يبلغ بعد اليهم شرع النبي صلى الله عليه وسلم أو ممن يكثر منهم النسيان مثل هذا أو الغفلة عنه لما لم تجر لهم به عادة وأما الآن فقد جرت به العادة حتى لا يكاد ذابح يترك ذلك ولا يجحد أحد الا يعلم ان التسمية مشروعة عند الذبح ص مالك عن يحيى بن سعيد أن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة المخزومي أمر غلامه أن يذبح ذبيحة فلما أراد أن يذبحها قال له سم الله فقال الغلام قد سميت فقال له سم الله ويحك فقال له سم الله فقال له عبد الله بن عياش والله لا أطعمها أبدا * ش قوله للغلام سم الله اذا كان لماخاف أن يغفل عنه من ذلك وينساه ولم يقنع باخبار الغلام له بأنه قد سمى الله أو أراد أن يسمع ذلك منه فلما لم يسمعه الغلام التسمية واقتصر على اخباره بذلك وفات موضع التسمية بكامل الذبح اقسام أن لا يأكل الذبيحة وفي المدونة قال مالك في تفسير هذا الحديث لا أرى ذلك على الناس اذا أخبر الذابح انه قد سمى وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك مثله وعلى هذا يكون فعل ابن عياش على وجه التناهي في الورع والاخذ في خاصة نفسه بالاحوط ولعله قد أباح لغيره أكلها أو تصدق بها أو أعطاها محتاجا إليها وأما أن يحرم أكلها فلا يجوز ذلك ولا يجوز اطراحها لان في ذلك اضرار للآل وفساد الطعام وقد روى ابن حبيب في كتابه قال مالك وحسبت انه اتهم الغلام حين لم يسمعه التسمية قال مالك فن ورع كما ورع ابن عياش فلا بأس به قال عبد الملك وانما الرخصة فيما لا تهمة فيه مثل حديث هشام بن عروة عن أبيه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ف قيل ان ناسيا أتونا بلحمان لا ندرى هل سموا الله عليها أم لا وهذا الذي روى عن مالك خلاف لما ذكره أولا لان من اتهم غيره بتعمد ترك التسمية وكان عنده ممن يرضى بذلك ويقصده مع الاذكار له به فان الاحوط اطراح ذبيحته والامتناع من أكلها ولا يصدق فيما أخبر به من تسميته والله أعلم

وحدثني عن مالك
عن يحيى بن سعيد
أن عبد الله بن عياش بن
أبي ربيعة المخزومي أمر
غلامه أن يذبح ذبيحة
فلما أراد أن يذبحها قال له
سم الله فقال له الغلام قد
سميت فقال له سم الله
ويحك قال له قد سميت الله
فقال له عبد الله بن عياش
والله لا أطعمها أبدا

﴿ ما يجوز من الذكاة على حال الضرورة ﴾

﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رجلا من الانصار من بني حارثة كان يرى لقحة له بأحد فأصابها الموت فذكاهما بشظاظ فسل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ليس بها بأس فكلوها ﴾ ش قوله فأصاب الموت يريد أنه أصابها من المرض ما يتقن ان الموت متصل به فذكاهما بشظاظ وهي فلقة عود ولعله أن يكون محمدا على صفة سنان الرمح أو السكين الذي يمكن الطعن بمثله فيفري بحدته وفي الذكاة أربعة أبواب أحدها في صفة المدكي والثاني في صفة ما يذكي به والثالث في صفة الذكاة والرابع في بيان محل الذكاة (فأما الباب الأول) في صفة المدكي فسيرد بعده ما مستوعبا في حديث ابن عباس ان شاء الله

﴿ الباب الثاني في صفة ما يذكي به ﴾

أما ما يذكي به فإنه كل محدد يمكن به انفاذ المقاتل وانهار الدم بالطعن في لبته ما ينحر والفري في أوداج ما يذبح مما لا يختص بطائفة من الكفار في قتل الحيوان به لا كل قال ابن المواز عن مالك وقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الذكاة بالحجارة والشظاظ وقال يريد المرزوة وشقة العصا والقصب وكل ما أنهر الدم فكل إلا السن والظفر قال محمد وهو مذهب مالك وقال ابن حبيب بما يذكي به الضرر جمع ضرر وهي فلقة الحجر والليطة وهي فلقة القصب والشظير فلقة العصا وروى ابن وهب عن مالك في المبسوط ان كل شيء يصنع من نخار أو عظم أو قرن أو شيء يفري فإنه جائز وقال ابن حبيب لا بأس أن يذبح بفلقة العظم ذكيا كان أو غير ذكي اذا بضع اللحم وأنهر الدم فحصل الخلاف بين رواية ابن المواز وبين ما أوردها بعد هذا في الذكاة بالعظم والظفر وقد اختلف أصحابنا العراقيون في ذلك فقال القاضي أبو الحسن في كتابه الظاهر من مذهب مالك انه لا يستبج الذكاة بالسن والظفر ورأيت لبعض شيوخنا من أصحابه انه مكروه ومباح بالعظم قال وعندى ان السن اذا كان عريضا محمدا والظفر كذلك حتى يمكن قطع الخلقوم به في مرة واحدة فإنه تصح الذكاة به وكذلك سائر العظام متصلة أو منفصلة سواء كانت مما يؤكل لحمه أو مما لا يؤكل لحمه وقال الشافعي لا تجوز الذكاة بذلك مثل الرواية الأولى عن مالك وقال أبو حنيفة ان كانا متصلين لم تصح الذكاة بهما وان كانا منفصلين صح الذكاة بهما والرواية التي نسبها القاضي أبو الحسن الى أبي حنيفة هي لابن حبيب في واضحة قال واذا كان السن والظفر من زوجين وعظما حتى يمكن الذبح بهما فلا بأس بذلك فوجروا به المنع ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما أنهر الدم وذكرا سم الله عليه فكل ليس السن والظفر وسأخبرك عنه أما السن فعظم وأما الظفر فدى الجبشة ودليلنا من جهة القياس ان الشرع قدورد باعتبار صفة الذابح واعتبار صفة الآلة ثم ثبت وتقرر ان مانهى عنه من صفة الذابح يمنع صحة الذبح فكذلك مانهى عنه من صفة الآلة وتحريره ان هذا معنى ورد الشرع باعتبار صفة في الذبح فلم يجز استعمال مانهى عنه من ذلك أصله الذابح ووجه رواية الاباحه قوله تعالى وما كل السبع الا ما ذكيتم والذكاة فري الأوداج وقد وجد من هذا الذي ذبح بالسن والظفر فوجب أن تؤكل ذبيحته ومن جهة القياس ان هذا معنى يفري الأوداج فجاز الذبح به كالخديد (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال القاضي أبو الحسن تجوز الذكاة بالسن والظفر المتصلين وأجاب عن الحديث بجوابين أحدهما انه يحمله على الكراهية والثاني انه يحمله على الظفر والسن

﴿ ما يجوز من الذكاة على حال الضرورة ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رجلا من الانصار من بني حارثة كان يرى لقحة له بأحد فأصابها الموت فذكاهما بشظاظ فسل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ليس بها بأس فكلوها

الصغيرين اللذين لا يصح قطع الأوداج بهما فلي على هذا في المسئلة ثلاثة أقوال أحدها أنه لا تجوز الذكاة بسن ولا ظفر متصل ولا منفصل وهي الرواية التي حكها القاضي أبو الحسن عن مالك وهو الظاهر من رواية ابن رواحة بن المواز والرواية الثانية أنه تجوز الذكاة بهما منفصلين ومتصلين وهذا الظاهر من رواية ابن وهب عن مالك في المبسوط وهو اختيار القاضي أبي الحسن والرواية الثالثة تجوز الذكاة بهما منفصلين ولا تجوز أن الذكاة بهما متصلين وهذا الذي قاله ابن حبيب قال القاضي أبو الوليد والرواية الأولى أحكمها عندي والله أعلم (مسئلة) ورأيت القاضي أبا الحسن قد شرط في صفة ما يذكى به أن يفرى الأوداج والحلقوم في دفعة واحدة قال وما كان من ذلك لا يفرى الحلقوم والودج إلا في دفعات فلا تجوز الذكاة به قال ولو وجد هذا من السكين لمنعنا منه ورأيت ابن حبيب قد قال في المنجل المضرس لا خير في الذكاة به لأنه يبرد ولا إخاله يقطع كما تقطع الشفرة إذا رعدت به اليد للآلة جهاز وقال ابن حبيب قوله ولا مردد يعني أن يرفع يده ثم يردّها ولكن يجهز أول ما يضع يده ولعل القاضي أبا الحسن قد أراد هذا ما ترد يد اليد من غير رفع فلا بد للذاج منه في الأغلب

﴿ الباب الثالث في صفة الذكاة ﴾

قال محمد في كتابه السنة أخذ الشاة برفق وتضع على شقها الأيسر ورأسها مشرق وتأخذ بيدك اليسرى جلدة حلقها من اللحى الأسفل بالصوف فتدعه حتى تبين البشرة وموضع السكين في المذبح حيث تكون الجوزة ثم تسمى الله تعالى وتمد السكين مدامجهز من غير تردد ثم ترفع ولا تنزع ولا تردد وقد حددت شفرتك قبل ذلك ولا تضرب بها الأرض ولا تجعل رجلك على عنقها ولا تجرها برجلها ووجه ذلك أن الرفق بها مشرع وأمر به لما روى شداد بن أوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرْح ذبيحته (مسئلة) فإن ترك التوجيه إلى القبلة في المدونة يأكل منها وبئس ما صنع وقال ابن حبيب إن ترك ذلك عامدا لم تؤكل وجه الرواية الأولى أنه ترك صفة مندوب إليها من صفة الذبح وذلك لا يقتضي فساد الذبيحة كما لو ذبحها بيسراه ووجه الرواية الثانية أنه قد ترك ما سن في الذكاة من القرينة عامدا فأشبه ترك تعمد التسمية وظاهر قوله في المدونة وبئس ما صنع يقتضي العمد والله أعلم (مسئلة) ومن رفع يده قبل أن يجهز على ذبيحته ثم رجع فاجهز قال ابن حبيب إن رجع في فور الذبح قبل أن يذهب وينزع الذبيحة فذلك جائز وإن رجع بعد أن تباعد لم تؤكل قال سحنون لا تؤكل وإن رجع مكانه وتأول بعض أصحابنا عن سحنون أن رفع يده كالمختبر أو ليرجع فيتم الذكاة ثم رجع في فور فأنما فاتهاؤ كل وإن كان رفع يده على أنه قد أتم الذكاة ثم رجع فأنما لم تؤكل قال أبو بكر بن عبد الرحمن فقلت للشيخ أبي الحسن يجب أن يكون الأمر بالعكس فإذا رفع يده ليختبر لم يؤكل وإذا رفع يده على أنه أتم الذكاة أكلت وصوبه الشيخ أبو الحسن

﴿ الباب الرابع في بيان محل الذكاة ﴾

الحيوان على ثلاثة أضرب ضرب يختص بالنحر وضرب يختص بالذبح وضرب يجوز فيه الأمران فأما ما يختص بالنحر فالأبل خاصة على أنواعها بمحتوا وعراياها ونجبها ومحل النحر اللبة ولم أر لأحد من أصحابنا ذكر مراعاة معنى في النحر أكثر مما ذكرناه فأما ما يختص بالذبح فهو جميع الحيوان المذكى غير الأبل والبقر وأما ما يجوز فيه الأمران فهو البقر على أنواعها من الجواميس وحكم الخيل حكم البقر في الذكاة لمن استباح أكلها وقد قال الشيخ أبو بكر في شرحه الكبير وقد

قيل ان عنق البقرة لما كان فوق عنق الشاة ودون عنق البعير جاز فيها الامر ان جميعا الذبح والنحر
 لقرب خروج الدم من جوفها بالذبح والنحر فيه أخف ولم يجز الذبح في البعير لبعده خروج الدم من
 جوفها بالذبح زاد القاضي أبو محمد فيكون في ذلك تعذيبه وزيادة في ألمه والنحر فيه أخف قال
 الشيخ أبو بكر في الفيل اذا نحر لأبأس بالاتضاع بعظمه وجلده فخصه بالنحر مع قصر عنقه * قال
 القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندي انه لا عنقه ولا يمكن لغلظ موضع حلقه واتصاله بجسمه أن
 يذبح وكان له منحر فكانت ذكاته فيه قال الشيخ أبو بكر وكذلك لم يجز النحر في الشاة لعدم
 تمكن النحر فيها اذ لا لبنة لها زاد القاضي أبو محمد ولقرب موضع النحر من خاصرتها فلا يمكن من
 نحرها الا بما يصل الى جوفها فيكون كالطعن في جوفها (مسئلة) اذ اثبت ذلك فالذبح عند مالك
 أفضل في البقر وروى اسمعيل بن أبي أويس عن مالك من نحر البقر فبئس ما صنع لان الله تعالى
 قال ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة فأمر بالذبح ووجه ذلك انه أمر بالذبح ولا بد أن يكون على الوجوب
 أو الندب وأقل أحواله الندب وهذا لما يصح التعلق به على قول من يقول ان شريعة من قبلنا شريعة
 لنا الا ان يتبين النسخ في القضية نفسها وعلى كل حال فقد قال مالك ان نحرته تؤكل لما قدمناه
 من ان الأمر ينهي أن فيها (مسئلة) اذ اثبت ذلك فان الذبح في الحلق وهو ما دون الجوزة تكون
 الجوزة الى الرأس قاله ابن المواز وابن حبيب وقال ان لم يفعل ذلك فإنه لا يقطع الحلقوم وإنما يقطع
 الجلدة المتعلقة بلحم الذبيحة (فرع) فان لم يفعل وترك الجوزة الى الجسد فالذي حكى القاضي
 أبو محمد عن المذهب انها لا تؤكل وبه قال ابن حبيب والشيخ أبو اسحق وكذلك روى ابن المواز والعتبي
 وغيرهما عن ابن القاسم ورواه ابن وضاح عن عبد الله بن عبد الحكم ورواه محمد بن عمر عن مالك
 وأما ابن وهب فروى عنه العتبي وغيره انها تؤكل وكذلك روى عن أشهب ومحمد بن عبد الحكم وأبي
 مصعب وموسى بن معاوية وقال ابن وضاح لم يحفظ لمالك فيها شيء ولم يتكلم فيها الا في أيام ابن
 عبد الحكم ونزلت به وجه رواية المنع ما احتج به شيوخنا ابن حبيب وغيره من ان الذابح فوق الجوزة
 لا يذبح في الحلقوم وهو محل الذكاة ووجه الرواية الثانية ان هذا ذبح من الحلق في موضع تشعل به
 الذكاة ويسهل على الذبيحة فصصت فيه الذكاة أصل ذلك اذا كانت الجوزة في حيز الرأس (فرع)
 اذا قلنا في ذلك برواية المنع فان صار بعض الجوزة وهي الغلصمة في الجسد وبعضها في الرأس فقد قال
 محمد بن عبد الحكم ان قياس هذه الرواية ان بقي في الرأس منها قدر حلقة الخاتم انها تؤكل الا ان يبقى
 في الرأس منها ما لا يستدير فلا تؤكل (مسئلة) اذ اثبت ذلك فان الذكاة على حالين حال اختيار
 وحال ضرورة فأما حال الاختيار فمحل النحر اللبنة ومحل الذبح الودجان والحلقوم فنقل شيئا من
 ذلك عن محله فلا يخلو أن ينقله الى ما هو محل للذكاة في غيره مثل أن ينحر ما يجب ذبحه أو يذبح
 ما يجب نحره أو ينقله الى ما ليس بمحل للذكاة فأما الوجه الأول وهو أن ينقله الى ما هو محل للذكاة
 في غيره ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا تؤكل ساهيا فعل ذلك أو عامدا وقال أشهب تؤكل وجه
 قول مالك ان هذا حيوان مقدور عليه فلا يستباح الا بالذكاة المعهودة المختصة به أصل ذلك اذا طعن
 في خاصرته ووجه قول أشهب ما احتج به من انه اذا ذبح البعير لغير ضرورة فقد صارت ذبيحته له
 ضرورة وذهب موضع الحرج فيجوز أكله ولا يطرح وكذلك الشاة اذا نحرته وقال القاضي أبو
 الحسين ان أصحابنا اختلفوا في رواية المنع على وجهين فمنهم من منع منه كراهية ومنهم من منع منه
 تحريما وبه قال ابن حبيب قال القاضي أبو محمد وزاد في ذلك ابن بكير وجه ثالثا وهو انه قال يؤكل

البعير اذا ذبح ولا تؤكل الشاة اذا نحررت قال ووجه ذلك ان البعير له موضع ذبح وموضع نحر وانما عدل
 الى النحر لما كان أقل لتعذيبه لان موضع لبته يقرب من خصرتها فيكون كالطاعن لها (مسئلة)
 وأما ان نقل الذكاة الى غير محل الذكاة بوجه مثل أن يذبح في العنق والقفا فقد قال ابن حبيب ان ذبح
 في القفا وفي الصفحة الواحدة لا يرى أن تؤكل لانه ذبح في غير المذبح ومثله لابن المواز فيمن ذبح في
 القفا وروى أشهب عن مالك في العتبية لا يؤكل ما ذبح في القفا وأما من أراد أن يذبح في الخلقوم
 فأخطأ فانحرف فانه يؤكل وجه المنع من أن كل ما ذبح في القفا ان الذكاة من شرطها أن يكون أول
 ما ينفذ من مقاتلها قطع الخلقوم والودجين ويكون ذلك سبب موت الذبيحة ومن ذبح في القفا فقد
 بدأ بقطع العنق وفيه النخاع وهو من المقاتل فكان ذلك سبب موت الذبيحة دون فري الودجين
 والخلقوم قاله القاضي أبو اسحق وأما رواية أشهب في أن من أخطأ فانحرف فان ذبحته تؤكل فانها
 تحتاج الى تفصيل وذلك انه ان استوعب قطع الودجين والخلقوم قبل قطع النخاع فان ذلك مبيع
 للذبيحة لانه أتى بشروط الذكاة فلا يضره ما زاد من شق الجلد بانحرافه وان كان لم يستوعب ذلك
 جلة أو استوعبه بعد قطع النخاع بقطع العنق فان ذلك كانه عندى لا تصح وهو عندى معنى قول ابن
 حبيب ان ذبح في الصفحة الواحدة لم تؤكل (مسئلة) وأما حال الضرورة فانها على ضربين
 ضرورة تمنع من التمسك منه كالبعير يشرد فلا يقدر عليه الا برمية أو طعنة فانه لا يؤكل ما قتل بذلك
 والدليل على ما نقوله ان هذه من بهيمة الأنعام فلا تؤكل الا بالذبح أو النحر كالمقدور عليه (فرع)
 اذا ثبت ذلك فان هذا حكم الغنم والدجاج اذ ليس لها أصل في التوحش حتى ترجع اليه وأما البقر
 فقد قال ابن حبيب في الواضحة عندى ان لها أصلا من بقر الوحش فاذا استوحشت حلت عندى
 بالصيد وهذا الذى قاله فيه نظر لان بقر الوحش ليست بأصل للبقر الانسية ولا تشبهها في خلق ولا
 صورة وانما يتفقان في الاسم كما ان حمر الوحش ليست بأصل للحمر الانسية ولا الماعز البرى أصلا
 للغنم الانسية ولذلك فرق بينهما في حكم المحرم وما أصله التوحش من الطباء والأرانب والايائل
 وحمر الوحش تتأنس ثم تستوحش فانها تحل بالصيد وقاله مالك في الهوام واليعاقب وقال ابن
 الماجشون وكذلك حمام البيوت والبرك والاوز الانسية اذا استوحشت وفي المدونة وكره مالك أن
 يذبح الحمام الرومى المتخذ للفراخ ولا بأس أن يذبح الاوز والدجاج قال وليس أصل الاوز والدجاج مما
 يطير وجه قول ابن الماجشون في الاوز له أصل وحشى كالحمام ووجه قول مالك انه ليس له في بلده
 أصل مستوحش وانما الاعتبار بذلك (فرع) اذا ثبت ذلك بما كان أصله التأنيس اذا لم يستطع
 أخذه الا بالعقر ففي الواضحة عن ابن الماجشون اذا لم يستطع أخذها الا بالعقر ولا بأس بذلك اذا لم يبلغ
 العقر منها المقاتل مثل العرقة وما أشبهها فهي مأمونة ثم يذبح قال فهذا الذى أخذه وروى اسمعيل
 ابن أبي أويس في المبسوط عن مالك في الرجل يطلب البقرة في أرض العدو فلا يستطيع أن
 يأخذها الا بأن يعرقها ثم يذبحها فقال لا آكلها ولا أحرمها وفي سماع ابن وهب عن مالك انه كرهها
 وذلك يحتمل الخلاف بين ابن الماجشون ومالك ويحتمل ان مالكا كانا كره ذلك لان مثل هذا من
 العقر لا يجوز الا فيما لا يقدر عليه الا بعد المحاولة لذلك والمبالغة فيه والغازى في أرض العدو بما سارع
 الى ذلك مع القدرة عليه وقبل المحاولة له وقد يبلغ ذلك من الحيوان ما يكون سببا لسرعة موته
 غالبا كقطع الفخذ وما أشبهه وقد اختلف قول مالك في الصيد يرمى بسهم مستقوم ثم يذبح فقال في
 العتبية والموازىة لا يأكله لعل السهم أعان على قتله وأخاف على من أكله فعلى هذا التعليل

المؤول في مسئلتنا لا ندري لعل عرقته أثرت في قتله قبل فرى أو داجه ولا يلزم على هذا الصيد لان ذلك مباح في الصيد ولا يلزم على هذا المتردية والنطيحة لان ذلك ليس من فعل الانسان وانما يجوز فعل ذلك عند الضرورة مما يحبس ولا يسرع بافاضة نفسه وعليه يحمل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي رمى بغيره فحسبه رجل بسهم فقال صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل أو البع كالأبدا والوحش فأنتم منها فافعلوا به كذا وقدر روى اسماعيل بن أبي أويس عن مالك فيما توحش من الابل والبقر والغنم فلا يدرك الابل النبل أو المزاريق والرماح لا تؤكل وذلك يحتمل وجهين فان كان الرمي بالنبل والطعن بالرماح أثر فيها مثل العرقبة فهو على ما تقدم وقوله لا تؤكل بمعنى الكراهية وان كان بلغ بذلك انفاذ مقاتله فقولاه لا تؤكل على التحريم (مسئلة) وأما الضرورة التي تمنع الوصول الى موضع الذكاة فهي على قسمين أحدهما أن تمنع الوصول الى موضع ذكاتها ولا تمنع الوصول الى موضع نحرها والقسم الثاني أن تمنع الوصول الى موضع ذكاة جملة فأما القسم الأول فمثل أن تمنع الوصول الى منحر البعير ولا تمنع من الوصول الى منبجه أو تمنع الوصول الى منبج الشاة ولا تمنع الوصول الى منحرها فهذا قد قلنا مالك في غير موضع ان الشاة تؤكل حينئذ بالنحر والبعير يؤكل بالذبح ووجه ذلك ان هذه ذكاة في بهيمة الانعام (مسئلة) فأما اذا لم يقدر أن يصل الى موضع ذكاة بهيمة وانما يقدر على طعن في جنبها أو نخنها أو غير ذلك منها مما ليس بمنحر ولا منبج فانها لا تؤكل قاله مالك خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذه من بهيمة الانعام فلم يستبح أكله بغير الذكاة المعهودة في بهيمة الانعام كالمقدور عليه (فرع) وكل دابة اما لحم ودم سائل من هوام الارض كالحيمة والفأرة والحرياء والعظاءة وما أشبهها فان من احتاج الى شئ منها لدواء أو غيره فذكاتها في الخلق كسائر الذبائح وكالصيد بالرمي والسهم والطعن بالرمح وشبه ذلك ان صيدت مع التسمية في التذكية والتصيد روى ذلك ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان ماله نفس سائلة فانه لا يستباح الا بالذبح أو بالنحر كالانعام (مسئلة) وأما ما ليس له نفس سائلة كالجراد والحزون والعقرب والخنفساء وبنات وردان والقربان والزنبور واليعسوب والذرة والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض والذباب فلا يجوز أكله والتداوى به لمن احتاج الى ذلك الا بذكاة والذي يجزى من الذكاة في الجراد أن يفعل بها ما لا تعيش معه ويتعجل موتها به كقطع رؤسها وأرجلها من أنفاذها أو القائها في ماء حار قال ابن حبيب في الجراد والحزون أو تبقر بالشوك والابر حتى يموت أو يلقي الجراد أو يشوى فأما قطع أجنحتها أو أرجلها فقط فقال مالك تؤكل وقال أشهب لا تؤكل وان ألقيت في ماء بارد فقد قال سحنون لا تؤكل وان ألقيت في ماء حار أكلت وروى عن مالك تؤكل في الوجهين فقول مالك مبني على أن ما صنع مما لا تعيش معه انه ذكاة فيها وقول أشهب مبني على أنه انما تكون الذكاة بما يتعجل به موتها وما يتأخر به موتها وتغيب به فليس بذكاة لها وأما أخذه فهل يكون ذكاة أم لا المشهور من المذهب أنه لا يكون ذكاة له خلافا لسعيد بن المسيب والدليل على ما نقوله أن هذا صيد يقتصر الى ذكاة فلم يكن مجرد أخذه ذكاة أصله الطير (فرع) اذا ثبت ذلك فحكم الحزون حكم الجراد قال مالك ذكاته بالسلق أو يغرز بالشوك والابر حتى يموت من ذلك ويسمى الله تعالى عند ذلك كما يسمى عند قطف رؤس الجراد وقد قال الشيخ أبو بكر العقرب والخنفساء من احتاج الى التداوى بشئ منها فليقطف رؤسها ثم يتداوى بها ان شاء الله تعالى ص * مالك عن نافع عن رجل من الانصار عن معاذ بن سعد أو سعد ابن معاذ أن جارية

* وحدثني عن مالك عن نافع عن رجل من الانصار عن معاذ بن سعد أو سعد ابن معاذ أن جارية

لكعب بن مالك كانت ترى غنمها بسلع فأصيبت شاة منها فأدر كها فذكرها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها * ش قوله أن جارية لكعب بن مالك أكثر ما تستعمل العرب هذه اللفظة في المملوكة ولذلك أضافها إلى كعب بن مالك إضافة ظاهرها الملك وكانت هذه الجارية ترى غنم لكعب بن مالك بسلع جبل من جبال المدينة فأصيبت شاة منها يحتمل أن يكون نزل بها ذلك من أمر الله تعالى فذكرها الجارية بحجر وفي ذلك بيان أحدهما صفة ما يذكر به من الحجارة وقد تقدم ذكره والباب الثاني في صفة الذابح المؤثرة في الذكاة وهو الدين وسياق ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى وأما الرق فليس بمؤثر في الذكاة فجوز ذكاة العبد على كل حال وأما الصغير والانس في كتاب ابن المواز عن مالك تكره ذبيحة الصبي والمرأة من غير ضرورة وفي المدونة عن ابن القاسم تجوز ذكاة المرأة من غير ضرورة ولا بأس بذكاة الصبي إذا أطاق الذبح وروى أكثره عن مالك قال ابن حبيب محتونا كان الصبي أو غير محتون وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يعتبر فيه الدين فاعتبر فيه الأثوثة والذ كورة والبلوغ والأمانة ووجه رواية المدونة أنه معنى لا يعتبر فيه الرق فلم يعتبر فيه الأثوثة كالبيع والشراء والطبخ (فرع) فإذا قلنا بكراهية ذبيحة المرأة فهل تكره ذبيحة الخصى حكى الشيخ أبو اسحق ثوكل ذبيحته ولم يذكر كراهيته وروى أشهب عن مالك في العتية لأحب ذبيحة الخصى فان فعل أكلت ووجه ذلك عندي أنه نحو الأثوثة والله أعلم (فرع) ولا تجوز ذبيحة السكران ولا المجنون إذا لم يعقلارواه ابن وهب عن مالك في المبسوط زاد ابن وهب عن مالك في المبسوط ولا ذبيحة أعجمي لا يعرف الصلاة ووجه ذلك أن كل واحد منهم ما لا تصح منه النيابة في الذكاة وذلك معتبر في صحته والله تعالى أعلم وأحكم (فرع) ولا تؤكل ذبيحة المرتد وان ارتد إلى يهودية أو نصرانية رواه ابن حبيب قال ولا تؤكل ذبيحة من يدع الصلاة ولا ذبيحة من يضعها ويعرف بالنهاون بها ونحو ذلك إلى أنه ارتداد قال وكذلك قال لي من كاشفت من أصحاب مالك عنه في جميعه ص * مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس أنه سئل عن ذبائح نصارى العرب فقال لا بأس بها وتلا هذه الآية ومن يتولم منكم فانه منهم * ش قوله في ذبائح نصارى العرب لا بأس بها أجراها في ذلك مجرى نصارى العجم فان ذبائح النصارى وغيرهم من أهل الكتاب مباحة لنا بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم فاعلم ان ذبائح نصارى العرب مباحة أيضا ولم يتعلق صلى الله عليه وسلم بقوله وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم أما ان هذه الآية لم تكن نزلت بعد أولانها عامة يحتمل أن تكون عامة في جميع أهل الكتاب ويحتمل أن تكون خاصة في العجم وان كان الأظهر عمومها فأظهر التعلق بما هو خاص في العرب أو فمين * خطوب بهذه الآية وهم المنافقون وكانوا عربا ومقتضى الآية أنه من يتولى أهل الكتاب من العرب فانه منهم لان المتولى لأهل الكتاب المخاطبين بهذه الآية يجب أن يكونوا غير أهل الكتاب المتقدم ذكرهم من العجم فحكم تعالى بانه منهم وذلك يوجب أن يكونوا من أهل الكتاب وذلك يقتضى أن يكون حكمهم حكم أهل الكتاب في الذبائح وغيرها فاذا كانت ذبائح أهل الكتاب من العجم مباحة فكذلك ذبائح أهل الكتاب من العرب لان الأنساب لا تؤثر في ذلك وانما تؤثر فيه الأديان (مسألة) واذا علمت ان من دينه النصرانية ممن يستبيح الميتة فلا تأكل من ذبيحته الا ما شاهدت ذبحه ووجه ذلك انه انما يستباح من ذبيحته ما وقع على وجه الصحة والمسلم أصبح ذبيحة وهذا حكمه فاذا علم انه ربما قتل الحيوان على الوجه الذي لا يبيح أكله وجب الامتناع

لكعب بن مالك كانت ترى غنمها بسلع فأصيبت شاة منها فأدر كها فذكرها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها * وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس انه سئل عن ذبائح نصارى العرب فقال لا بأس بها وتلا هذه الآية ومن يتولم منكم فانه منهم

من أكل مامات على يده من الحيوان الآن يعلم ان ذكاته وجدت منه على وجه الصحة لما يتوقع
 أن يكون حلول ذلك منه على وجه القتل المنافي للاباحة قال مالك سواء كان ذميا أو حرييا
 (فرع) قال محمد وكره مالك ما ذبحوا للكتابين أو لعيسى أو لجبريل أو لأعيادهم زاد ابن
 حبيب أو الصليب من غير تحريم وأما ما ذبح للأصنام فيحرم لقول الله تعالى وما ذبح على النصب
 وقال ابن حبيب في أكل ما ذبح لأعيادهم وكنائسهم تعظيم لشركهم قال وقد قال ابن القاسم
 في انصبراني بوصي بشي من ماله للكنيسة فيباع لا يحل للمسلم شراؤه لما في ذلك من تعظيم شرائعهم
 ومشرية مسلم سوء (مسئلة) وما ذبحه اليهود مما لا يستباحون أكله مما ذكر الله في كتابه من
 قوله تعالى وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر قال ابن حبيب هل الأبل وحر الوحش والنعم
 والأوز وما ليس مشقوق الخف ولا منفرج القائمة فهذا لا يحل أكله بذبحهم ووجه ذلك ان الذكاة
 مفتقرة الى النية والقصد وهم لا يصح ذلك منهم لانه عندهم لا يستباح بالذكاة (مسئلة) وما حرم
 عليهم من شحوم الحيوان الذي يستباحونه وذلك قوله تعالى في البقر والغنم حرمت عليهم شحومها
 قال ابن حبيب هي الشحوم المجملة الخالصة مثل الثروب والكشاء وهو شحم الكلى وما لصق
 بالظنبه وشبهها من الشحوم المحضة التي لم تختلط بعظم ولا لحم وأما قوله تعالى إلا ما حلت ظهورها
 ما يغشى اللحم من الشحم على الظهر وساثر الجسد وما اختلط منه بلحم أو عظم وأما الخوايا فهي
 المباخر ويقال لها بنات اللبن والعرب تسميها المرائم فكل ذلك من الشحم داخل في الاستثناء
 قال ابن حبيب ما كان من هذا محرما بنص التنزيل فلا يحل لنا أكله بعينه ولا أكل ثمنه وما لم يكن
 محرما عليهم في التنزيل مثل الطريف وشبهه فانه مكره أكله وأكل ثمنه قال وهذا قول مالك
 وبعض أصحابه وحكى القاضي أبو محمد ان شحوم اليهود المحرمة عليهم بكرهه عند مالك
 ومحرمة عند ابن القاسم وأشهب وقد روى عن مالك وقال أبو حنيفة والشافعي هي مباحة غير
 مكرهه ووجه رواية التحريم ان هذه ذكاة يعتقد مباشرها تحريم بعضها وتحليل بعضها فوجب
 أن يستباح بها ما يعتقد تحليله دون ما يعتقد تحريمه كالمسلم يعتقد استحباح اللحم دون الدم ووجه
 رواية منع التحريم ان هذا مذكى يجوز أكل لحمه ما ذكى فجاز أكل لحمه كالمسلم وأما الطريف
 ففي المدونة كان مالك يجيز أكله ثم كرهه قال ابن القاسم وأرى أن لا يؤكل فظاها لفظ ابن القاسم
 المنع جملة ولو حل على التحريم لما بعد ووجه جواز ذلك انه قصد الى استحباحه أكله لان ما نجده
 عليه من الوجه المانع له من أكله لا يظهر الا بعد تمام الذكاة فصحت قصده الى اباحته ووجه رواية
 المنع ان هذه ذبيحة منع منها الذابح بالشرع فنع منها غيره كالحرم قال مالك وتؤكل ذبيحة السامرية
 صنف من اليهود لا يؤمنون بالبعث (فرع) ونهى المسلمون عن الشراء من جزاري اليهود
 ونهى اليهود عن البيع منهم فمن اشترى منهم من المسلمين فهو رجل سوء ولا يفسخ شراؤه إلا أن
 يشتري من اليهود مثل الطريف وشبهه مما لا يأكلونه فيفسخ على كل حال رواه ابن حبيب عن
 مطرف وابن الماجشون (مسئلة) ولا تؤكل ذبائح الصابئين وليس بحرام كتحريم ذبائح المجوس
 وقد حرم الحسن وسعيد بن جبير ذبائحهم ونكاح نسائهم وقيل انهم بين المجوسية والنصرانية
 (مسئلة) لا تؤكل ذبائح المجوس وليسوا أهل كتاب ولو لم يسموا ذبيحتهم فقد اختلف فيها
 فأجازها ابن سيرين وعطاء وكره ذلك الحسن قال ابن المواز انما يكره أكلها اذا قال للمسلم اذبحها
 لنا رنا أولصفتنا فأما لو تضيف به مسلم فأمره بذبحها لئلا يأكل منها فذلك جائز وان أعده غيره ص

﴿ مالک انه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما فرى الأوداج فكلوه ﴾ ش قوله ما فرى
الأوداج يحتمل معنيين أحدهما صفة الآلة التي يذبح بها فيقول إن ما كان من الآلات على هذه
الصفة وجب أن تستباح به الذكاة وهذا ظاهر اللفظ والمعنى الثاني أن يريد به ما بلغ من ذكاته إلى
فرى الأوداج فإنه قد كملت ذكاته وحصلت أبا حته ولعله قد ترك ذكر الخلقوم لما كان المعلوم في
الأغلب لا تفرى الأوداج إلا بعد فرى الخلقوم وقال مالك في المدونة إن الذكاة تفرى الخلقوم
والودجين فإن قطع الودجين دون الخلقوم أو الخلقوم دون الودجين لم تتم الذكاة هذا حقيقة المذهب
وقال الشافعي في الذكاة تقطع الخلقوم والمرى وهو البلعوم والاعتبار بالودجين والدليل على
ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل وإنهار الدم أجراه
وذلك لا يكون إلا بقطع الأوداج لأنها تجري الدم وأما المرى فليس بمجري الدم وإنما هو مجرى
الطعام وليس فيه من الدم إلا اليسير الذي لا يحصل به الانهيار ودليلنا أيضا ما روى أن عبد الله بن
عباس قال باعتبار الودجين ولا يخالفه من الصحابة ولا نعلم أحدا منهم قال باعتبار المرى ودليلنا
من جهة المعنى أن الذكاة مبنية على فرى ما كان فريه أسرع موتا لأنه أخف على الحيوان والودجان
أسرع في ذلك من المرى لأن المرى يدخل الطعام ويفضى إلى الفم يقطعه أحداث مدخل آخره
بقرب الأول فليس بمقتل في نفسه وأما الودجان فإن نهايتهما متصلة بالجسم وهما مجرى الدم لا يتصل
بعد انقطاعهما فقطعهما مقتل ولذلك يقال في الذبيحة تشخب أوداجها وما ولا ذكركل المرى في ذلك
فكان ما قلناه أولى اتباعا ونظرا (فرع) وأما الخلقوم فيجري النفس وهو من المذبح فإن قطع
جميعه مع الودجين تمت الذكاة فيه وإن قطع بعضه فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الذباجة
والعصفور والحمام إذا أجهز على أوداجه وحلقه أو ثلثه فلا بأس بذلك وقاله ابن حبيب وزادوا لم
يقطع منه إلا اليسير فلا يجوز وقال سحنون لا يجوز ذلك حتى يجهر على جميع الخلقوم والأوداج
وجه قول سحنون أن هذا معنى تتعلق به الذكاة فوجب أن يكون حكمه الاستيعاب كالودجين
ووجه قول ابن القاسم أن الذكاة محلها الودجان وإنما تتعلق بالخلقوم على معنى التبع فإذا قطع
أكثره مع استيعاب الودجين فقد كملت الذكاة (فرع) ولو قطع الخلقوم واحدا والودجين فقد
قال ابن حبيب لا تؤكل وظاهر لفظ المدونة يقتضي أنها لا تؤكل لأنه قال لا تؤكل حتى يقطع الخلقوم
والودجين وقال الشيخ أبو اسحق إن بقي شيء من الودجين لم تؤكل ووجه ذلك تعلق الذكاة بهما
فلم يكن بد من استيعابهما

* وحدثنى عن مالك
أنه بلغه أن عبد الله بن
عباس كان يقول ما فرى
الأوداج فكلوه

(فصل) وقوله فكلوه تبين أن قوله ما فرى الأوداج إنما أراد به الفعل دون الآلة فكأنه قال كل
ذبح أود ذكاة تبلغ فرى الأوداج فإنه قد أباح كل ما ذكر به وفي الكلام تجوز لرجوع ضمير
المأكول على الفعل والمعنى ما ذكرناه والله أعلم (فرع) ومن نزع الذبيحة ومعناه أن يقطع
نخاعها عند ذبحها فقد قال ابن حبيب إن فعل أي أكل ذبحها يريد أنه فعل ذلك من ذبحها فقد
أساء وهي تؤكل وإن كان نخاعها في ذبحها يريد لمن يفصل بينهما فإن فعل ذلك ليد سبقت فهي
تؤكل قاله مالك في ذلك كله وإن تعمد ذلك من غير جهل فقد قال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل
وقال أصبغ وابن القاسم تؤكل في العائد والجاهل ولا أقول بقولهما وجه القول الأول ما احتج به من
أنه ترك سنة المذبح فهو كالعابث بذيبيته ووجه القول الثاني أن ما زاد من النخاع إنما وجد بعد تمام
الذكاة المبيحة كما لو تعمد سلبها وقطع أعضائها بعد أن أكل ذكاتها وقبل أن يزهق نفسها ص

﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ما ذبح به اذابضع فلا بأس به اذا اضطررت اليه ﴾ ش قوله ما ذبح به اذابضع على ما قدمناه من أن الآلة يجب أن تكون على صفة تبضع ولا تكون مما تكسر أو تهشم الأوداج بقوة دون حدة ولا تكون مما يبرد كالنجل المضرس (فصل) وقوله اذا اضطررت اليه دليل على أنه قصد الاخبار عن غير الحديد وأما الحديد الذي على هذه الحال فهو الذي يذبح به في حال الاختيار وانما شرط الضرورة في الذبح لغير الحديد لان الحديد المحكم أسرع قطعاً وأقل المأوى أيضاً فإنه أخبر عن المعتاد من أحوال الناس بأنه لا يكاد يستعمل شيء من ذلك الا عند عدم الحديد والله أعلم وفي المدونة عن ابن نافع أنه انما يذبح بذلك اذا لم يوجد غيره وقال ابن كنانة عن مالك الشفرة أحب اليّ اذا وجدت فاذا ذبح مع وجود الشفرة جاز ورواه عيسى عن ابن القاسم

﴿ ما يكره من الذبيحة في الذكاة ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي مرة مولى عقيل بن أبي طالب أنه سأل أبا هريرة عن شاة ذبحت فتحرك بعضها فأمره أن يأكلها ثم سأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال ان الميتة لتتحرك ونهاه عن ذلك ﴾ وسئل مالك عن شاة تردت فتكسرت فأدركها صاحبها فذبحها فسال الدم منها ولم تتحرك فقال مالك ان كان ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها ﴾ ش قوله عن شاة ذبحت فتتحرك بعضها لا يخلو من ثلاثة أحوال أن تكون صحيحة أو تكون مكسورة أصابها ذلك الكسر فعوجلت بالذبح فتتحرك بعضها أو يكون بها مرض خفيف عليها الموت فعوجلت فأما ان كانت صحيحة ليس بهائش فان كان الذابح قد صادفها وهي مستجمعة الحياة وهو الذي يراعى في صحة الذكاة فلا خلاف نعمه في صحة ذكاتها وإباحة أكلها وقاله مالك (مسئلة) وأما ان أصابها كسراً ونحوه فانهت مما أصابها الى حد الموت وشبه مما يأس فيه من حياتها فذبحها فطرفت بعد الذبح بعينها أو استفاض نفسها أو حركت ذنبها أو ركضت برجلها فقد اختلف أصحابنا فيه فروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبح انها تؤكل وهو في المختصر من رواية ابن القاسم عن مالك وعن ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا تؤكل ورواه ابن عبد الحكم عن مالك وجه قول ابن القاسم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم فاستثنى من ذلك كله ما أدركت ذكاته لان المعنى والله أعلم وما أكل السبع منه لان ما أكل السبع جميعه فقد فانت عينه فلا يقال فيه انه حلال ولا حرام لعدمه وقد قال القاضي أبو اسحق المعنى تحريم ما أكل السبع لفوات الذكاة فيه ومعنى قوله تعالى الا ما ذكيتم لكن ما ذكيتم مما لم يأكله السبع وليس باستثناء مما تقدم قال وهذا كقوله تعالى طه ما أنزلنا عليك القرآن لتشقى الا تذكرة لمن يخشى تقديره ولكن تذكرة لمن يخشى ﴾ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن الوجه الاول أظهر والله أعلم ومن جهة المعنى ان هذه أدركت ذكاتها وبها بقيت من حياتها فجاز أكلها كالمریضة ووجه رواية ابن عبد الحكم ما احتج به الشيخ أبو بكر في نصرة هذه الرواية ان معنى المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة التي لم تمت بعد ولو أراد التي ماتت لاغنى عن ذلك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وأراد بقوله الا ما ذكيتم الا ما أدركتموه بصفة ما يدعى وأما ما بلغ أن لا ترجى حياته في الأغلب فلا يدعى وان أدرك حيالاً ان تلك ليست بحياة ولا حكمه حكم الحي ومن

﴿ وحديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ما ذبح به اذابضع فلا بأس به اذا اضطررت اليه ﴾ ما يكره من الذبيحة في الذكاة

﴿ حديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي مرة مولى عقيل بن أبي طالب أنه سأل أبا هريرة عن شاة ذبحت فتتحرك بعضها فأمره أن يأكلها ثم سأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال ان الميتة لتتحرك ونهاه عن ذلك ﴾ وسئل مالك عن شاة تردت فتكسرت فأدركها صاحبها فذبحها فسال الدم منها ولم تتحرك فقال مالك اذا كان ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها

جهة المعنى ان هذا لا ترجى حياته فلم تجزذ كانه اصل ذلك ما أنفذت مقاتله قال والفرق بين هذه وبين المريضة فيها حكماء الشيخ أبو بكر لنصرة قول ابن عبد الحكم وروايته عن مالك ان المتردية والنطيحة طرأ عليهما ما الاغلب منه الموت فلان علم ان الذكاة أفادت نفسها لا تخاف أن يغلب على الظن ان الذي أفادت نفسها ما نزل بها وليس كذلك المريضة فانه لا يطرأ عليها شيء ويظن بها من أجله الموت فكان لا يظهر ان الذكاة أفادت نفسها كالصبيحة وكذلك اذا أدركت حياتها طاعة فانها تؤكل سواء كانت مما يرجى بقاء حياتها أم لا

(فصل) وسؤال السائل لما لك عن شاة تردت فتكسرت التردى اذا كان منه كسر يؤدى الى ثلاثة أحوال أحدها ان تنفذ المقاتل وهي خمسة متفق عليها انقطاع النخاع وهو عند ابن القاسم وأصبغ ومالك من رواية ابن القاسم عن مالك في العتية السحم الأبيض الذى فى وسط فقار العنق والظهر والثاني انتشار الدماغ والثالث فرى الأوداج والرابع انفتاق المصران والخامس انتشار الحشوة واختلاف أصحابنا فى اندقاق العنق من غير انقطاع نخاعه فروى ابن الماجشون ومطرف عن مالك ان ذلك من المقاتل وروى ابن القاسم عن مالك انه ليس بمقتل حتى يقتل به انقطاع نخاعه فهذه المعانى متى حصلت من ترد أو ما أشبه فقد فادت الذكاة وان ظهرت حياته بعد الذبح لان ما وصل الى هذا الحد فقد استحال دوام حياته وانما حركته بعد ذلك من باب اضطراب الميت وتحركه عند فوات نفسه (مسألة) والحال الثانية أن ينكسر منها عضو ويرجى بقاء حياتها سواء رجى ان يجبر ما انكسر منها أو يئس منه فهذا لا خلاف أيضا فى جواز ذكاتها لانها ترجى حياتها كالتى لم تنكسر (مسألة) والحال الثالثة ينفذ مقاتلها الا انها مع ذلك قد بلغت مبلغا لا يشك فى انه لا تبقى حياتها أو يشك فى ذلك فان هذا يختلف قول مالك فيها وأصحابه فى صحة ذكاتها على ما تقدم * ولهذا المعنى اختلف جواب أبي هريرة وزيد بن ثابت ولعلهما انما سهلا فى هذه المسئلة ولذلك قال زيد ان الميتة لتحرك يريد عند موتها فاذا لم يتيقن ان الذكاة صادفت حياة كاملة لا يحل أكلها عنده وقد تقدم ذكر الخلاف فيه وسنفرده بابا ان شاء الله

(فضل) وقول السائل فى شاة كسرت ان ذبحها فسال الدم منها ولم تحرك فقال مالك فى جوابه ان ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها وذلك يحتمل وجهين أحدهما ان يريد بذلك اذا أدركها الذكاة ونفسها تجري وعينها تطرف فقد أدرك الذكاة لا ذرا كذا حياتها سواء سال الدم أو لم يسال وقد قال ابن القاسم وابن كنانة فى المريضة اذا اضطربت أكلت وان لم يسال دمها والوجه الثاني أن يكون جوابه مبني على سؤال السائل فيكون معناه ان التى سال دمها اذا ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها فجاوب عن الذبيحة التى يجتمع فيها الأمران سيلان دمها دون الحركة وعلى الوجهين فلم يعتبر اليأس من حياتها وقد تكلمنا على ادراك الحياة ونحن نتكلم على المعانى التى يستدل بها على ادراك الحياة وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم انهما قالوا للحياة علامات يستدل بها وهي خمس علامات سيلان الدم والطرف بالعين وجرى النفس وتحريك الذنب والرخص بالرجل فاما سيلان الدم فان كانت صحيحة قد ذبحها فسال دمها ولم تحرك فقد قال مالك تؤكل ولا يمكن عندى فى الصحة ان تحرك ولا يسيل دمها فلامعنى لذكره (مسألة) وأما المكسورة فاذا جلتنا قول مالك على انه أراد التى سال دمها ونفسها تجري وعينها تطرف فليأكلها فجمع بين جرى الدم والحركة لان جريان النفس وطرف العين من باب الحركة ولو

انفرد سيلان الدم لم أرفيه نصلاً أصحابنا والأظهر عندي على أصول أصحابنا انه لا يجوز أكلها لان مالكان كان أراد بجوابه في مسألة السائل اضافة جوابه الى سؤال السائل في سيلان الدم فانه لا يبيح أكلها الا بان يسيل دمها وتقرن بذلك حركتها بالنفس أو طرف العين وان قلنا انه أعرض عن سؤال السائل في سيلان الدم واستأنف الجواب فانه لم يعتبر بسيلان الدم لما لم يكن له تأثير عنده فيها وراعى الحركة خاصة فلا تؤثر كل المكسورة التي تنفرد بسيلان الدم ولو انفردت الحركة دون سيلان الدم لم أرفيه نصاً * قال الامام أبو الوليد رحمه الله وعندى انها تحتمل الخلاف الذي تقدم بين ابن القاسم وابن عبد الحكم في التي يثس من بقاء حياتها أو شك في ذلك ولكنها أدركت بالذكاة حياتها فيقال على رواية ابن القاسم انه يجوز أكلها كالمريضة ويقال على رواية ابن عبد الحكم انه لا يجوز أكلها ويفرق بينها وبين المريضة بما تقدم (مسئلة) وأما المريضة فقد قال مالك اذا سال دمها وتجررت بعد الذبح فانه تأكل وان لم يكن ذلك لم تأكل الا أن تكون منها الحياة بينة بالنفس البين أو العين تطرف فان كان أراد بقوله وان لم يكن ذلك لم يكن سيلان الدم ولا الحركة ولكن وجه دليل الحياة بالنفس المتردد أو العين تطرف فهذا بين في ان الحركة الدالة على ذلك تدبج الأكل دون سيلان الدم * وقد قال ابن القاسم وابن كنانة اذا اضطربت أكلت وان لم يسيل دمها وأما ان سال دمها ولم تتحرك ففي كتاب محمد فان كانت صحيحة فانه تأكل وأما المريضة فان كان نفسها يجري وحركتها تعرف فانه تأكل * قال محمد ويعرف ذلك بحركة الرجل والذنب قاله زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب قال محمد والعين تطرف أو يستفيض نفسها في جوفها أو منعرها فان هذه الحركات ما كان منها عندهم الشفرة بحلقها فانه تأكل فظاهر هذا اللفظ ان المريضة مخالفة للصحيحة وان الصحيحة تأكل بسيلان الدم خاصة وان المريضة لا تأكل بذلك حتى يقرن بها أحد هذه الأربع وعطف الشيخ أبو محمد لهذه الأقوال بعضها على بعض دليل على ان حملها على الوجه الذي تأولناه عليه ففي هذا ان الحركة عنده أقوى في بقاء الحياة من سيلان الدم لان الحركة من أسباب الحياة وأحكامها وأما سيلان الدم فانه انفصال بعض أجزاء الجسم من بعض

﴿ ذكاة ما في بطن الذبيحة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أنه كان يقول اذا
نحرت الناقة فذكاة ما في
بطنها في ذكاتها

(فصل) وقول مالك ان ذبحها ونفسها يجري وهي تطرف معنى جريان نفسها تردده على حسب التنفس فأما خروج الریح من الجسد عند الموت فليس من جريان النفس وسؤال السائل لمالك عن عدم الحركة بعد تمام الذكاة فالظاهر ان مالكا أجابه ان عدم الحركة بعد تمام الذكاة لا يمنع صحتها اذا صادفت نفساً يجري وعينا تطرف حين الذكاة وقد روى في المدينة عن عبد الرحمن بن دينار انه قيل لابن نافع فلو أن سباعاً حمل على شاة فاستنقذتها منه فذبحتها وهي تطرف فلما فرغت من ذبحها لم يتحرك منها شيء فقال اذا ذبحتها ونفسها تجري وهي تطرف فلا بأس بأكلها فيبين ان قوله انما كان لان الاعتبار بالحركة بعد الموت غير صحيح وانما يعتبر بما ذكره من النفس الذي يجري والعين التي تطرف حال الذبح وقد قال ابن حبيب ان الحياة تعرف بحركة الرجل أو الذنب أو العين تطرف أو النفس تستفيض في جوفها أو منعرها فان هذه الحركات الأربع كان منها عندهم الشفرة على حلقها يرد مع سيلان الدم في المريضة فانه تأكل

﴿ ذكاة ما في بطن الذبيحة ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول اذا نحرت الناقة فذكاة ما في بطنها في ذكاتها

إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه * مالك عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ذكاة مافي بطن الذبيحة في ذكاة أمه إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره * ش قوله رضي الله عنه إذا انحرت الناقة فقد ذكاة مافي بطنها ذكاتها ومعنى ذلك أنه إذا تم خلق الجنين ونبت شعره فإن ذكاة أمه ذكاة له وحينئذ هو مما يصح أن يؤكل بالذكاة وقال أبو حنيفة لا يؤكل وقد تعلق أصحابنا في ذلك بأحاديث ليست بصحاح ولا تثبت والدليل على ذلك من جهة القياس أن هذا حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في الجنين كالهبة والبيع ولا يلزم على هذا ما لم ينبت شعره لأن ذلك ليس بحى ولا تكون الذكاة إلا بعد حياة وقال الشافعي يؤكل وإن لم ينبت شعره وقال القاضي أبو محمد وغيره من أصحابنا إن الأشعار دليل على نفخ الروح فيه وما لم ينبت شعره فليس بحى بعد فلا يستباح بذكاة وهو مذهب ابن عمر والدليل على ما نقوله أن كل ما لا يستباح أكله إلا بالذكاة فإن الذكاة لا تعمل فيه مع عدم الحياة أصله الأمهات (مسئلة) إذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يخرج من الأم بعد ذكاتها وفي حال حياتها فإن خرج بعد ذكاتها فلا يخلو أن يكون مما ترجى له الحياة لو ترك أو يشك في ذلك أو يئأس منه فإن وجدت له حياة باقية ففي المدينة عن مالك لا يؤكل إلا بذكاة تخصه وكذلك لو شك في حياته رواه عيسى عن ابن القاسم في المدينة ومعنى ذلك أن هذا في حكم المولود فلا يؤكل إلا بذكاة تخصه فإن خرج ولم ترج حياته أما لأنه قد مات أولاً لأن حياته ضعيفة فإنه يستحب ذبحه فإن لم يذبح وغفل عنه حتى مارأكل قاله مالك في المدينة والعقبة وقال عيسى بن دينار في المدينة أحب إلى في التي ذكيت أن لا يؤكل ما استخرج من بطنها حياً إلا بذكاة ونحوه روى ابن المواز عن مالك ووجه الرواية الأولى أن هذا قد كملت ذكاته بذكاة أمه لأنه حتى بها فكان كعضو من أعضائه ولما كان مما ينفصل عنها بالولادة وينفرد بالحياة استحب مباشرة بالذكاة ووجه الرواية الثانية مراعاة الخلاف في ذلك فقد روى عن عيسى بن سعيد الأنصاري لا يحل أكله إلا أن يموت قبل خروجه بعد ذكاة أمه وقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط إذا خرج يتحرك استحب ذبحه فإن سبقهم بنفسه فأناأكره أكله فنحاه إلى الكراهية وهو لا يظهر لمافي من الخلاف والله أعلم (مسئلة) وأما أن خرج في حال حياة أمه أزلقته فإن كان مثله يحيا ويعيش فلا بأس بأكله إذا ذكى رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العقبة ووجه ذلك أنه قد كمل نباته فوجب أن يستباح من الذكاة بما يستباح به غيره الكبير وإن كان مثله لا يعيش أو يشك فيه فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم لا يؤكل وإن ذكى وقاله في المدينة ابن نافع وابن كنانة ووجه ذلك أن موته بالازلاق وليس بذكاة ولا غيره

(فصل) وقوله وذلك إذا تم خلقه ونبت شعره على ما قدمنا من أن ذلك دليل على نفخ الروح فيه وأنه مما يصح أن يذكى لأن ما لم تكن فيه حياة لا تأثير للذكاة فيه وقوله تم خلقه يعني أنه كمل منه ما ظهر أنه يكون عليه من الخلقة وأما لو خلق ناقص يداً أو رجلاً وتم خلقه على ذلك لم يمنع ما نقص منه من ذكاته وأباحه أكله

(فصل) وقوله فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه وقوله قبل هذا ذكاة أمه دليل على أنه بذلك تتم ذكاته فيحتمل بعد ذلك أن يكون أمره بذبحه على الاستحباب ليصير له حظ من مباشرة الذكاة على ما تقدم ويحتمل أن يريد بذلك خروج الدم من جوفه على ما تقدم فيخرج منه ما يحتمل فيه لئلا يمنع ذلك من أكله من غير تفصيله وتقطيعه

إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه * وحدثني عن مالك عن زيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ذكاة مافي بطن الذبيحة في ذكاة أمه إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الصيد)

﴿ ترك أكل ما قتل المعراض والحجر ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع انه قال رميت طائر ين بحجر وأنا بالجرف فأصبتهما فأما أحدهما فمات فطرحة
عبد الله بن عمر وأما الآخر فذهب عبد الله يذكيه بقدم فمات قبل أن يذكيه فطرحة عبد الله
أيضا ﴿ ش قوله رميت طائر ين يحتمل أن يكون خرج متصيدا فرماهما في حال تصيده ويحتمل
أن يكون جالسا في مقعده أو متصرفا في بعض شأنه حتى رآهما ممكنتين فرماهما فأما الخروج للتصيد
فإن كان على وجه الالتذاذ به فقد كرهه مالك لأنه معنى يلهي عن ذكر الله وعن الصلاة وأما من اتخذه
مكسبا أو قرم إلى اللحم غنيا كان أوفقيرا فلا بأس به روى ابن حبيب عن مالك وفي العتية من رواية
حسين بن عاصم عن مالك لا أرى لاحد صيدا البر إلا لاهل الحاجة الذين عيشهم ذلك ووجه قول
مالك أن هذا إنما قصد اللحم وتحصيل الصيد وذلك مباح لقوله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد
تناله أيديكم ورمحكم وقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين إلى قوله مما أسكن عليكم قال ابن
حبيب معناه بما صدن لكم وأما الذي يخرج إلى الصيد لتلذذ فليس غرضه في الصيد وإنما غرضه في
الالتذاذ بطلبه والأخذ له خاصة دون الانتفاع بلحمه في أكل أو بيعه بثمن وذلك ممنوع لما قدمناه والله
أعلم قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أنه استعجب الصيد لمن سكن البادية
ويقول هم من أهله ولا غنى بهم عنه وكرهه لاهل الحواضر ورأى خروجهم إليه من السفه والخفة وهذا
غير خارج عما قدمناه من قول مالك لأن الكلام الأول متوجه إلى ما يأخذ الانسان به في نفسه
والكلام الثاني في عذر الناس للتصيد مع قوله انه خرج لما أراد احراز الصيد ولم يقصد اللذة فالظاهر
أن أهل البادية محتاجون إلى ذلك ومعتادون له فلا يغنيهم ذلك وأهل الحواضر ينسدر ذلك فيهم مع
قله انتفاعهم به وحاجتهم إليه بما يجدونه من ادم الحواضر والمجازر فلا يعذرون بما يدعون به من
مقصدهم والله أعلم (مسئلة) وأما صيد الحيتان ففي العتية من رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم
أن صيد البحر والانهار عندى أخف لذوى المروآت والمال من صيد البر وكانى رأيت لا يرى به بأسا
(فصل) وقوله رميت طائر ين بحجر يحتمل أن يكون رى الطائر ين بحجر واحد وقصد إلى اصابتها
به ويحتمل أن يكون رى كل واحد منهما بحجر غير الحجر الذي رى به الآخر فيكون معنى قوله
رمى طائر ين بحجر أى هذا الجنس مما يرى به ويصاد ويحتمل أن يكون رى به أحدهما فأصابه
ثم أخذ ذلك الحجر فرمى به الطير الثاني فأصابه وفي هذا أربعة أبواب ﴿ أحدها في صفة السلاح
الذى يرى به أو يضرب به ﴾ والباب الثاني في صفة الرمي أو الضرب ﴾ والباب الثالث في صفة
الرمي أو المضروب والباب الرابع في منتهى فعل الرمية والضربة

﴿ الباب الاول في صفة الآلة ﴾

ما يصاد به من السلاح على ضربين أحدهما له حد كالرمح والسهم والسيف والسكين مما له حد
تجوز به الذكاة والثاني مالا حمله كالمعراض والبندقية والحجر الذى لا حمله وغير ذلك مما لا حمله
لا تجوز به الذكاة فيحتمل أن يكون الحجر الذى رى به نافع مما له حد ويحتمل أن يكون مما لا حمله
وهو الأنظير لما فعله عبد الله بن عمر من طرحه الطائر ين حين لم يدرك ذكاته ما ولو كان الحجر مما له

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الصيد ﴾

﴿ ترك ما قتل المعراض

والحجر ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن نافع انه قال رميت

طائر ين بحجر وأنا بالجرف

فأصبتهما فأما أحدهما فمات

فطرحة عبد الله بن عمر

وأما الآخر فذهب عبد الله

بذكيه بقدم فمات قبل

أن يذكيه فطرحة عبد

الله أيضا

حدوا أصاب بحده وجرح لكانت تلك ذكاة تبيح كل الطائر وان لم تدرك ذكاتها وقدر واه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم في رمي الصيد بالحجر الذي مثله يذبح فقطع رأس الصيد وهو ينوي اصطیاده قال لا يعجبني أكله اذ لعل الحجر قطع رأس الصيد بعرضه وهذا يحتمل أن يكون فيما شك فيه من أمره فليس له أكله لانه لا يتيقن ذكاته ولو كان علم انه أصابه بحده لجاز له أكله

﴿ الباب الثاني في صفة الرمي أو الضرب ﴾

وذلك عند مالك نوع من الذكاة فيجوز أن تكون الذكاة ممن تجوز ذكاته وعلى صفة تصح بها الذكاة فيحتاج أن ينوي الرامي أو الضارب الاصطياد وفي المدونة عن مالك فيمن رمى صيدا بسكين فقطع رأسه وقد نوى اصطیاده فلا بأس بأكله وان كان لم ينو اصطیاده برميته فلا بأس بأكله ووجه ذلك ان ما اعتبر فيه صفة الفاعل فانه يعتبر فيه نيته كالذبح والوضوء والصلاة وغيرها من العبادات وكذلك لورمي صيدا فأصاب غيره لم يجز له أكله ولو أصابه وأصاب غيره بعده أكله دون الذي أصاب بعده لمعنى النية في ذلك والله أعلم

﴿ الباب الثالث في صفة المرمى أو المضروب ﴾

وهذا يراعى فيه صفتان احدهما أن يكون التوحش والثاني أن يكون من الامتناع بصفة ما لا يمكن من ذكاته فأما الصفة الأولى فالأصل في ذلك قول الله تعالى ليلبسونكم الله بشئ من الصيد الآية فعلى أى وجه نالته رما حنا يجب أن يحل لنا الا ما خصه الدليل وسواء كان متوحشا على أصله أو تأنس ثم استوحش بعد ذلك والوجه فيه ما قدمناه والدليل على ذلك أن هذا مستوحش الجنس ممتنع فجاز أن يذكى بالرمي كالذى لم يتأنس قط (مسئلة) وأما الصفة الثانية وهى الامتناع من الذكاة المعهودة فيه فهى العلة فى اباحتها ذكر قال فى الصيد ولم تمكن منه بائخان الجراح له أو بحالة أو غيرها لم تجز ذكاته الا بما يذكى به الانسى لأن علة الامتناع قد عدمت وهاتان الصفتان مؤثرتان فى العمل لافى النية لأن العمل ينفرد بهادون النية

﴿ الباب الرابع فى منتهى فعل الرمية والضربة ﴾

الرمية والضربة لا تخلو أن تنفذ المقاتل أو لا تنفذها فان أنفذتها فقد كملت فيها الذكاة وهو على ضربين أحدهما أن يبين بها من الحيوان جزء والثاني أن لا يبين بها شئ فان بان بها منه جزء فان كان انما قطع الصيد بنصفين فانه يؤكل جميعه زاد النصف الذى مع الرأس أو نقص وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان قطع الثلث مما يلي الرأس أكل جميعا وان قطع الثلث مما يلي الفخذ أكل الثلثان اللذان يليان الرأس ولم يؤكل الثلث الباقي قال القاضى أبو الحسن وهذا ينبغى أن يفصل فاذا قطع الرأس أكل الجميع لأنه مقتول لا محالة فان كان الذى قطع منه سوى الرأس يتوهم أن يعيش منه بعد قطعه فان الذى بان منه لا يؤكل ويؤكل الباقي مثل أن تقطع يدا أو رجلا فان اليد أو الرجل لا تؤكل لأنه يتوهم عيش الحيوان بعدها ويؤكل الباقي سواء مات من العقر الاول أو غيره وقال الشافعى ان ماتت من العقر الاول أكل جميعه وما بان منه وان كان لم تمت حتى رماه رمية أخرى فانه يؤكل الحيوان كله ولا يؤكل ما بان منه من يدا أو رجل هذا الذى حكاه القاضى أبو الحسن فى هذه المسئلة هو القياس غير أنه قد روى ابن المواز عن ربيعة ومالك فيمن رمى صيدا فأبان وركبه مع نخذه فانه لا يؤكل ما بان منه ويؤكل باقى وهذا مما لا يتوهم أن يعيش بعده وقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه اذا ضرب به نخل وركبه أنه يؤكل جميعه ولو أبان نخذه ولم تصل الى الجوف

فلا يؤكل ما أبان منه ويؤكل ما بقي قال ابن حبيب ومعنى ذلك أنك إذا ضربته على العجز فصار
عجزه في حيز الأسفل وقد قطعت من جوفه فكأنك قطعت وسطه فعلى قول ابن القاسم وتفسير
ابن حبيب انما يراعى أن يكون في معنى القطع بنصفين وذلك بأن يصل القطع الى شئ من الجوف
وعلى جواب ابن المواز يراعى أن يكون الاكثر في حيز الأسفل وعلى تعليل القاضي أبي الحسن أن
يتطوع منه ما لا تتوهم حياته دون فكأنه قد أنفذ مقاتله وبضر بته تلك فكانت ذكاة لجميعه (مسئلة)
اذا ثبت أنه لا تؤكل اليد البائنة وما أشبهها من الاعضاء التي يصح بقاء الحيوان دونها فان معنى ذلك
أن يبين المقتطوع منه أو يكون في حكم البائن وقد قال ابن حبيب ان ما يتعلق بالجلد أو ييسر من
اللحم فلا يؤكل وان كان مما يجري فيه الروح على هيئته فانه يؤكل ونحوه قال ابن المواز غير أنه لم
يذكر يسير اللحم ووجه ذلك أنه اذا تعلق به تعلقاً يحمي حياته ويسرى اليه منه فانه من جملة الجسد
يذكرى بذكاته واذا لم يتعلق الا بالجلد والشئ اليسير الذي لا تسرى اليه به الحياة فانه لا يذكرى بذكاته
كالمنفصل (مسئلة) وأما اذا أنفذ المقاتل ولم يبق منه جزء فانه يستحب له أن يذكرى فانه لم يفعل
جازاً كله لسكال الذكاة فيه بما يذكرى به مثله من محدد السلاح وأما اذا لم ينفذ مقاتله فسيأتى بيانه
بعنه هذا ان شاء الله

(فصل) وقوله أما أحدهما ذات فطرحة يريد أنه مات بنفسه الضربة أو قبل ادراكه فهذا قد
فانت فيه الذكاة على ما ذكرناه من أنه أصابه بجرح لا حذله أو بجرح له حد فلم يثبت له أنه أصابه
بعده وكذلك لو أصابه بجرح فلم يجرحه فانت قبل أن يذكرى فانه لا يؤكل وقد قاله مالك وأصحابه
في الذي يضرب الصيد بالسيف فيقتله ولا يجرحه وقال أشهب يؤكل وسواء علم على هذا ان هذا
فانت بالموت أو نفذت مقاتله لان الذكاة فانت فيه

* وحدثنى عن مالك أنه
بلغه أن القاسم بن محمد
كان يكره ما قتل المعراض
والبندقة

(فصل) وقوله وأما الآخر فذهب عبد الله يذكرى به بقدم فانت قبل أن يذكرى فانه لا يؤكل وان يكون
فانت ذكاته لتأخير ذلك مع التمكن من تعجيلها أو يكون فانت لانه لم يكن يتمكن من الذكاة فيه
لسرعة موته فان فانت للتأخير وكان ضربه بعرض حجر على ما قدمناه فأنفذ مقاتله أو لم ينفذها فلا
يجوزاً كله لانه موقوذة ولو ضرب به بجرح لم ينفذ مقاتله وفانت للتأخير مع التمكن من تعجيل
الذكاة فيه لم يجزاً كله لانه كان مقبوراً على ذكاته فلا يستباح كله بغير ذكاته كالانسى ولومات
قبل التمكن من ذكاته من غير تفريط ولا تأخير لجازاً كله لانه غير مقبور عليه ولو ضرب به فأنفذ
مقاتله لاستحب له أن يذكرى وان لم يفعل جازاً كله لسكال الذكاة فيه بما يذكرى به مثله من محدد السلاح
والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا يلبسواكم الله بشئ من الصيد الى قوله تعالى فله عذاب أليم
* قال الامام أبو الوليد رحمه الله فالظاهر عندي من الآية ان ماتناه أي ديناه هو المقذور عليه وانما يذكرى
بما يذكرى به المقذور عليه المتمكن من ذكاته والذي تناله رماحنا هو غير المقذور عليه قد كاته من
السلاح بالرماح وما أشبهها وسيأتى بعد هذا شئ من ذكر الآية في باب ما قتل بالمعراض فعلى هذا يحتمل
أن يتأول فعل عبد الله بن عمر في أمر الطائرين والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد كان
يكره ما قتل المعراض والبندقة * ش قوله كان يكره ما قتل المعراض يريد بعرضه والله أعلم لانه
وقيد الأصل في ذلك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى والموقوذة والمتردية والموقوذة
هي المضروبة بالأحذله وقد بين ذلك بما روى عن عدي بن حاتم ثم قال سألت النبي صلى الله عليه
وسلم عن صيد المعراض فقال ما أصاب بجرحه فكله وما أصاب بعرضه فهو الوقيد فالمعراض عصا

في طرفها حديد يرمى الصائدين بالصيدها أصاب بحده فهو وجهه ذكاته فانه يؤكل وما أصاب بعرضه فانه وقيد فلا يؤكل الآن تدرك ذكاته لما قدمناه في صفة ما يرمى به من انه يجب أن يكون محددًا (فصل) وقوله والبندقية يحتمل أن يريد به ما اجتمع في قتله المعراض والبندقية مثل أن يرمى بهما جميعا في وقت واحد فيعلم انه من الضربتين مات أو لا يعلم من أيهما مات فهذا لا يؤكل سواء أصابه المعراض بعرضه أو بحده لانه قد أعانت في ذكاته آله لا يدركي بثليها كما لو اشترك في قتل الصيد الكلب والحباله أو كلبان أحدهما لم يرسل ويحتمل أن يريد بذلك أن ينفرد المعراض بالقتل أو تنفرد البندقية بالقتل فعلى هذا لا يؤكل ما انفردت البندقية بقتله وينظر الى ما قتله المعراض فاقتله بحده أو كل وما قتل بعرضه لم يؤكل ص * مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يكره أن تقتل الانسية بما يقتل به الصيد من الرمي وأشباهه * قال مالك ولا أرى بأسا بما أصاب المعراض اذا خسق وبلغ المقاتل أن يؤكل قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم فإب فكل شئ ناله الانسان بيده أو رمحه أو بشئ من سلاحه فأنفذه وبلغ مقاتله فهو صيد كما قال الله تعالى * وحدثني عن مالك انه سمع أهل العلم يقولون اذا أصاب الرجل الصيد فأعانه عليه غيره من ماء أو كلب غير معلم لم يؤكل ذلك الصيد الا أن يكون سهم الرامي قد قتله أو بلغ مقاتل الصيد حتى لا يشك أحدي انه هو قتله وأنه

* وحدثني عن مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يكره ان تقتل الانسية بما يقتل به الصيد من الرمي وأشباهه * قال مالك ولا أرى بأسا بما أصاب المعراض اذا خسق وبلغ المقاتل أن يؤكل قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم فإب فكل شئ ناله الانسان بيده أو رمحه أو بشئ من سلاحه فأنفذه وبلغ مقاتله فهو صيد كما قال الله تعالى * وحدثني عن مالك انه سمع أهل العلم يقولون اذا أصاب الرجل الصيد فأعانه عليه غيره من ماء أو كلب غير معلم لم يؤكل ذلك الصيد الا أن يكون سهم الرامي قد قتله أو بلغ مقاتل الصيد حتى لا يشك أحدي انه هو قتله وأنه

سواهم ولا أضيف الا الى أيديهم ورماحهم (فصل) قوله بشئ من الصيد يدل على اباحته في الجملة واطلاقه وهو على ثلاثة اضرب ضرب يفعل المتصيد على وجه الحاجة اليه للتكسب والاستغناء به وضرب يفعل على وجه الحاجة الى أكل لحمه مثل الغني عنه وضرب يفعل على وجه اللهو والراحة فأما ما يفعل على وجه الحاجة للتكسب أو لأكل لحمه فلا خلاف في اباحته دون كراهية فيه رواه ابن حبيب عن مالك وأما الصيد للهو فكرهه مالك ونهى عنه ورآه سفها ولم يجز قصر الصلاة فيه رواه عنه ابن المواز وابن حبيب ص * مالك انه سمع أهل العلم يقولون اذا أصاب الرجل الصيد فأعانه عليه غيره من ماء أو كلب غير معلم لم يؤكل ذلك الصيد الا أن يكون سهم الرامي قد قتله أو بلغ مقاتل الصيد حتى لا يشك أحدي انه هو قتله وأنه

لا يكون للصيد حياة بعده * ش وهذا كما قال انه اذا أعان الصائد على صيده غيره مما ليس
كآلة للصيد فلم يدرك انه مات من فعل الصائد أو من فعل المعين لم يجزأ كل ذلك الصيد وقال ابن
حبيب نحوه ووجه ذلك ان الصيد يحتاج الى نية كآلة كآلة وتراعى فيه صفة الفاعل والآلة كآلة كآة
فاذا رأى الرامي صيداً على شاطئ فتردى فوجده ميتاً فان كان سهمه قد أنفذ مقاتله قبل ترديه فقد
تمت ذكاته فلا يحرمه ترديه بعد ذلك وان كان لم ينفذ مقاتله برميته لم يجزأ كآلة لانه لا يدركه من
رميته مان أو من ترديه قاله مالك (مسئلة) ولو رماه بسهم فسقط في ماء فعلى حسب ذلك ان
يتقن انفذ السهم مقاتله برميته فهو جائز وان شك في ذلك لم يجزأ كآلة لعل انما قتله الماء وليس بآلة
الصيد روى ذلك ابن المواز عن مالك والأصل في ذلك ما رواه عدي بن حاتم أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال اذا وقعت رميتك في ماء فغرق فلا تأكل معنى ذلك والله أعلم أن تكون وقعت في الماء
ولم تنفذ رمية مقاتله ولذلك اعتبر الغرق لان الغرق هنا بمعنى الموت ولو أنفذ السهم مقاتله لم يراع
الموت والله أعلم وكذا لو أعان كلبه على الصيد كلباً آخر لم يرسله (مسئلة) ومن رمى صيداً بسهم
مسهوم فقد قاتل مالك في العتية والموازية لا يؤكل لعل السهم أعان على قتله وأخاف على من أكله
* قال الامام أبو الوليد وهذا عندى اذا لم ينفذ مقاتله السهم فان أنفذ مقاتله فقد ذهبته علة واحدة
وهو خوفه أن يعين على قتله السهم وبقيت علة ثانية وهي مخافته على آكله فلا يجوز حينئذ أن
يأكله أنفذ السهم مقاتله أو لم ينفذها فان كان من السهموم التي تؤمن ولا يتقى على أكل الصيد منها
شيء كالبقلة فقد ارتفعت العلتان وجاز أكله على رواية ابن القاسم وفيه نظر على أصل ابن نافع
مراعاه أن ينفذ السهم المقاتل قبل أن يسقط في الماء وان سقط في الماء ثم أنفذت فيه مقاتله لم يجز
عنده أكله فعلى هذا يتحرر الكلام في المسئلتين ص * قال وسمعت مالكا يقول ولا بأس بأكل
الصيد وان غاب عنك مصرعه اذا وجدت به أثر من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت فاذا بات فانه يكره
أكله * ش قوله لا بأس بأكل الصيد وان غاب عنك مصرعه وهذا يحتاج الى تقسيم وتفصيل وذلك
ان الكلب أو السهم اذا أنفذ مقاتل الصيد بمشاهدة الصائد ثم تعامل الصيد وغاب عنه فقد كملت
ذكاته فلا يؤثر في ذلك مغيبه عنه ولا ميته * قال القاضي أبو الحسن وهذا الذي أراد مالك رحمه الله
(مسئلة) وان لم ينفذ السهم ولا الكلب مقاتله حتى غاب عنه ثم وجده ميتاً فقد قال القاضي أبو
الحسن اذا كان مجتداً في الطلب حتى وجده على هذه الحالة فانه يجوز أكله وان تشاغل عنه ثم
وجده ميتاً فانه لا يجوز أكله وحكى نحوه ابن حبيب عن أصبغ وروى يحيى بن يحيى عن ابن
القاسم اذا توارى الصيد مع الكلب فوجده قد قتله ان لم ير بالقرب صيداً يشككه ان الذي قتل
غير الذي أرسل عليه فانه حلال وان شك فلا يؤكل ومعنى ذلك أن لا يميز الصيد الذي أرسل عليه
ويكون بالموضع من الصيد ما يشك به في قتل الذي أرسل عليه وهذا شك في عين الصيد وما ذكرناه
أولاً شك في صفة قتله وقال بعض الشافعية اذا زال عن عينه وهو في غير حكم المذبوح فلا يجوز
أكله والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك المعلم
فذكرت الله عز وجل وقتل فكل

(فصل) وقوله اذا وجدت فيه أثر من كلبك أو كان به سهمك يريد ان الظاهر اذا كان به أثر كلبه أو
وجد فيه سهمه انه الصيد الذي أرسل عليه ما لم يدخل عليه شك من وجود صيد بقر به يشك به ان
الذي فيه أثر كلبه أو سهمه غير الذي أرسل عليه فلا يأكله حينئذ على ما تقدم

لا يكون للصيد حياة بعده
* قال وسمعت مالكا يقول
لا بأس بأكل الصيد وان
غاب عنك مصرعه اذا
وجدت به أثر من كلبك أو
كان به سهمك ما لم يبت
فاذا بات فانه يكره أكله

(فصل) وقوله ما لم يبت عنه فاذا بات عنه كرهه أكله ولا يخلو أن يكون اصطاده بجارح أو سهم فان كان بالجارح فبات الصيد عنه وقتلته الجوارح بعد أن غاب فالشهور من مذهب مالك أنه لا يؤكل وبه قال الشافعي وحكي القاضي أبو محمد عن مالك في الصيد بالكلب أنه يؤكل وإن بات عنه سواء كان صاحبه يطلبه أو لا يطلبه وقال أبو حنيفة إن كان صاحبه لم ينقطع حل أكله وإن كان قد تشاغل عنه لم يحل أكله وجه الامتناع من أكله ما ذكره أصحابنا إن الحيوان انتشار بالليل فاذا بات عنه جوز أن يكون ما ينتشر من السباع وغيره بالليل قتله دون كلبه فلا يجوز أكله وإن كان يجوز مثل هذا بالنهار إذا غاب عنه أكثر النهار إلا أنه ينذر بالنهار ويكثر بالليل فالحكم للغالب دون النادر ووجه الرواية الثانية أن مغيب الصيد عن الصائد لا يمنع إباحته أصله مغيبه بالنهار (مسئلة) وأما أن صاد بسهم فبات عنه فالذي روى ابن القاسم عن مالك لا يؤكل صاد بكلب أو سهم أو غير ذلك وقال أصبغ إن بات عنه فوجد فيه أثر سهمه وقد أنفذت مقاتله فليأكله وأما أثر البازي والكلب فلا يأكل وإن كان مقتلاً وقد تقدم وجه الرواية الأولى وأما الرواية الثانية فوجهها ما أخرجه البخاري من حديث عمر بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وإن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس فيه إلا أثر سهمك فكل فإن وقع في الماء فلا تأكل ومن جهة المعنى ما قاله القاضي أبو محمد إن الفرق بين أثر السهم والجارح أن السهم يوجد في موضعه فاذا لم يوجد فيه أثر غيره علم أنه مات منه وأما الجوارح فإن آثارها كآثار غيرها من السباع لا تتميز منها فصار في هذه المسئلة ثلاث روايات رواية القاضي أبي الحسن أنه يؤكل ما فات سواء صيد بسهم أو كلب ورواية ابن القاسم لا يؤكل ما بات سواء صيد بسهم أو كلب وقول أصبغ يؤكل ما بات مما صيد بسهم ولا يؤكل من ذلك ما صيد بجارح والله أعلم

﴿ ما جاء في صيد المعالم ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أنه كان يقول في
 الكلب المعلم كل ما أمسك
 عليك إن قتل وإن لم يقتل
 * وحدثني عن مالك أنه
 سمع نافعاً يقول قال عبد
 الله بن عمرو إن أكل وإن
 لم يأكل

﴿ ما جاء في صيد المعالم ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول في الكلب المعلم كل ما أمسك عليك إن قتل وإن لم يقتل * مالك أنه سمع نافعاً يقول قال عبد الله بن عمر وإن أكل وإن لم يأكل * ش قوله في الكلب المعلم كل ما أمسك عليك يريد المعلم للصيد والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكابين إلى قوله واذكروا اسم الله عليه وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعدي بن حاتم إذا أرسلت الكلاب المعلمة ذكرت اسم الله فكل ما أمسك عليك وفي هذا ثلاثة أبواب * أحدها في صفة الجارح الذي يصح الاصطياد به * والباب الثاني في صفة المعلم منه * والباب الثالث في معنى الامساك على الصائد

﴿ الباب الأول في صفة الجارح ﴾

فأما صفة الجارح الذي يصح أن يصاد به فهو كل جارح يمكن أن يذهبهم التعليم من ذوات الأربع كالكلب والفهد والنمر ومن الطير كالبازي والصقر والباشق والشاءين والشذانيق والعقاب وغير ذلك وعلى هذا عامة الفقهاء وقوله مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو مذهب ابن عباس وروى عن عبد الله بن عمر أنهم قالوا لا يحل الاصيد الكلب وأما صيد سائر الجوارح من الطير وغيرها فلا يحل صيدها وقال الحسن البصري يجوز صيد كل شيء الا صيد الكلب الأسود البهم وبد قال الثخفي وابن حبان وابن راهويه والدليل على ما نقوله قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكابين

وهذا عام في كل جرح من الكلاب وغيرها لأن معنى مكليين مسطين وأضافه إلى الصائد ليعلم أن ذلك من فعله وهو التعليم والتسليط قاله ابن حبيب وقال الفضل بن مسامة التكلبي تعليم الكلاب الصيد ودليلنا من جهة القياس أن هذا من الجوارح المعتادة فجاز الاصطياد به كالكلب

﴿ الباب الثاني في صفة الكلب المعلم ﴾

أما صفة الكلب المعلم فهو أن يفهم الزجر والأشلاء وليس من شرطه أن لا يأكل عند مالك وأصحابه وهو شرط في تعلمه عند أبي حنيفة والشافعي وبالقول الأول قال سفيان الثوري وسعد بن أبي وقاص وعلي بن أبي طالب وابن عمر وأبو هريرة وقد استدل شيوخنا في ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أسكن علىكم قالوا فابق بعد الأكل فهو مما أسكن علينا ودليلنا من جهة القياس أن قتل الجرح ذكاة يفسد الصيد بها فلا يفسد أكله منه أصل ذلك إذا ذبح وتعلق من منع ذلك بما روى عن الشعبي عن عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وإن قتل فإن أكل فلا تأكل فائماً أمسك على نفسه وهذا الحديث صحيح فلا خذبه واجب غير أنه عام فحمله على الذي أدرك ميتاً من الجري أو الصدم فأكل منه فإنه قد صار على صفة لا يتعلق بها الإرسال ولا الإمساك علينا بين هذا التأويل أنه قد قال صلى الله عليه وسلم ما أمسك عليك فكل فإن أخذ الكلب ذكاة والحديث وإن كان أخذه المعتاد ذكاة ومعنى الذكاة أن تيسر أكل المدسى فلا يفسده ما وجد بعد ذلك من أكل وغيره كالأكل ذبحه الصائد ثم أكل منه الكلب ويحتمل أن يريد بقوله صلى الله عليه وسلم فإن أكل فلا تأكل إلا أن يوجد منه غير مجرد الأكل دون إرسال الصائد له ويكون قوله فإن أكل فلا تأكل مقطوعاً بما قبله والله أعلم وإنما ذكرنا الحديث ووجه تأويله لأنكار من أنكروا على مالك مخالفتهم ابن عمر فينا أن مالك لم يخالفه وإنما تأوله على وجه سائغ وقياس جلي

﴿ الباب الثالث في معنى الإمساك ﴾

أما معنى الإمساك علينا فقد قال القاضي أبو الحسن إن معناه أن يمسك بارسالنا وهو على أصولنا بين لأن الكلب لانيته ولا يصح منه ميز هذا وإنما يتصيد بالتعليم وإذا كان الاعتبار علينا بأن يمسك عليه أو على نفسه وكان الحكم يختلف بذلك وجب أن يتميز ذلك بنية من له نية وهو من رسله فإذا أرسله فقد أمسك عليه وإذا لم يرسله فلم يمسك عليه وقال أبو حنيفة معنى قوله تعالى مما أسكن عليكم مما صعدن لكم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الكلب إذا لم يرسله الصائد وصاد بارساله فلا يؤكل ما قتل والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وفيه فإن وجدت مع كلابك أو كلبك كلباً غيره فحشيت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل فائماً ذكرت اسم الله على كلبك ولم تذكره على غيره (مسئلة) وإذا انشلي الكلب بنفسه على الصيد ثم أعانه الصائد بالأشلاء فقد قال مالك في المتنونة لا يؤكل وهو قول الشافعي قال القاضي أبو الحسن وقد روى عن مالك أنه يؤكل وبه قال أبو حنيفة ووجه القول الأول أن الاعتبار بأول انبعائه يدل على ذلك أنه لو أرسل مسلم كلباً على صيد فانبعث بذلك فأغراه مجوسى لما منع ذلك من أكله ولو أرسله مجوسى ثم أغراه مسلم ما أكل صيده قال القاضي أبو الحسن ووجه القول الثاني أن باشلاثة تمادى على الصيد فوجب أن يطرح ما كان من جريه قبل ذلك فلا يعتبر به لأنه لم يكن على قصد قاصد أرسله (مسئلة) فإن أرسله على صيد فصاد غيره فقتله لم يؤكل وقال أبو حنيفة

والشافعي يؤكل والدليل على ما نقوله أن هذا صيد لم يرسل عليه فلم يحل أكله أصله إذا انبعث من غير إرسال (مسئلة) إذا ثبت أن الصيد يحتاج أن يعتبر بالنية فإنه يجوز أن يعتبر بذلك في جماعة يراها الصائد أو يرى بعضها ولا يرى شيئاً منها وتخصر بموضع لا تختلط بغيره في الأغلب كالغار فيه الصيد يرسل جرحه وينوي جميع ما فيه هذا هو المشهور عن مذهب مالك وأصحابه وقال أشهب لا يصح إرساله الأعلى ما يراه جرح الإرسال وأما ما لا يراه إذا كان الموضع مما لا ينحصر ولا يمتنع من دخول غيره من الصيد إليه كالقيضة والجوبة من الأرض فقد جوز الإرسال على ما فيها أصبغ ومنع منه ابن القاسم وأشهب ويتخرج القولان من قول مالك وهذه المسئلة على ثلاثة أضرب وأقوال أصحابنا فيها على ثلاثة مذاهب * فذهب ابن القاسم أنه يجوز الإرسال على ما لا يراه إذا أمن من امتزاج غيره به كالغار ولا يجوز إذا لم يأمن ذلك كالغياض * ومنه أصبغ يجوز الإرسال على ما في جهة معينة سواء كانت مما يصل إليها صيد غير ما فيها كالغياض أو مما لا يصل إليه كالغار * ومنه أصبغ أنه لا يجوز أن يرسل الأعلى ما يراه وأما الإرسال على غير تعيين مثل أن يرسله على كل صيد يقوم بين يديه فلا خلاف في المذهب أن ذلك لا يجوز لعدم التعيين كما لو أرسله ونوى كل صيد في العالم ولم ينو شيئاً

(فصل) وقوله وان قتل وان لم يقتل يريد وان قتل فإنه يؤكل لان قتله على ما تقدم ذكره إذا أخذه الأخذ المعتاد فجرحه فمات من جرحه من غير تفريط من صاحبه أو أنفذ مقاتله * وأما ان قتله بالصدم أو الضغط فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة لا يؤكل وبه قال أبو حنيفة * وروى محمد بن أشهب يؤكل وبه قال ابن وهب والشافعي في أحد أقواله * وجه قول مالك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة إلى قوله إلا ما ذكركم وهذه نطيحة لم تذك فلا يجوز أكلها ومن جهة المعنى أن هذه آلة الصيد فإذا قتلت من غير جرح لم تؤكل أصل ذلك السهم والمعرض * ووجه قول أشهب حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل وان قتل ولم يفرق بين أن يجرح أو لا يجرح * ومن جهة القياس أن هذا صيد مات بفعل الجارح فجاز أكله أصل ذلك إذا جرحه * فاما إذا مات من غير أن يدركه فقد قال ابن المواز ان قول مالك وأصحابه أنه لا يؤكل ولا نعلم في ذلك خلافاً في المذهب

(فصل) وان لم يقتل معنى ذلك ان لم يقتل فأدركت ذكاته فدكته لان ذكاته المقدور عليه هي الذكاة المعهودة وأما إذا لم يقدر على ذكاته حتى قتله الكلب سواء أدركه أو لم يدركه فإنه يجوز أكله لان قتله على هذا الوجه ذكاته

(فصل) وقوله وان أكل وان لم يأكل هو مذهب عبد الله بن عمر وذلك ان أكل الكلب من الصيد إنما هو بعد قتله وقد أجمع الفقهاء على ان قتله ذكاة قال مالك وأصحابه فلا يضر ما طرأ بعد ذلك من قتله كما لا يضر الذبيحة ما طرأ عليها بعد تمام ذكاتها ص * مالك أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد فقال سعد كل وان لم يتبق إلا بضعة واحدة * ش ظاهر السؤال عن الكلب المعلم يقتل الصيد هل يبيع ذلك أكله أو لا يبيعه فأجابته سعد بقوله كل وان لم يتبق إلا بضعة وليس في السؤال ذكر الأكل غير أن معناه ان يقتله الصيد على الوجه المخصوص فقد كملت ذكاته فلا يضر بعد ذلك ما حدث على الصيد فكل ما وجدت منه وان لم يتبق منه إلا بضعة واحدة بأكل الكلب أو غيره لان ذكاته قد كملت ص * مالك أنه سمع بعض أهل العلم يقولون

* وحدثني عن مالك أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد فقال سعد كل وان لم يتبق إلا بضعة واحدة * وحدثني عن مالك أنه سمع بعض أهل العلم يقولون

في البازي والعقاب والصقر وما أشبه ذلك إذا كان معلما يفقه كما تفقه الكلاب المعلمة فلا بأس
بأكل ما قتلت مما صادت إذا ذكر اسم الله على إرسالها * ش قوله في البازي والعقاب والصقر
إذا كان معلما يفقه كما تفقه الكلاب المعلمة يؤكل ما قتلت وقد تقدم أن جميع الجوارح التي تفهم
التعليم يؤكل ما قتلت * وقد قال ابن حبيب تعليم الكلب أن تدعوه فيجيب وتشليه فيشلي وتزجره
فيزجر وكذلك الفهود وأما البراة والصقر والعقبان فإن تجيب إذا دعيت وتنشلي إذا أشليت ولا
تزدجر إذا زجرت لأن ذلك لا يمكن فيها قاله ربيعة وابن الماجشون * وكان ابن القاسم يقول في
البراة أنها كالكلاب تجيب عند النداء وتفقه الزجر وأما ما لا يفقه الزجر من سائر الحيوان فلا يجوز
أكل ما قتل من الصيد إلا أن تدرك ذكاته * روى ذلك ابن حبيب عن مالك في النمر * وروى
عيسى عن ابن القاسم في المدينة أن كان لا يفقه فلا يؤكل صيده * قال الشيخ أبو اسحق وما جرى
مجرى ما ذكر مما يصاد به فهو جارح وإن كان سنورا أو ابن عرس * وجه ذلك أن جنس ما يفقه
التعليم إذا كان منه غير معلم لا يجوز أكل ما قتل فبان لا يجوز أكل ما قتل النمر الذي جنسه
لا يفقه التعليم أولى

(فصل) وقوله لا بأس بأكل ما قتلت مما صادت يريد ما تناولته على وجه الاصطياد ممن يصاد بها
إذا أشليت من غير أن يرسلها أو أرسلها فلم يقتل على وجه الاصطياد وذلك أنها لم تتبع الصيد بالأسلاء
بل رجعت عنه واشتغلت بغيره أو قتلتها صدماء أو نطحا على مذهب ابن القاسم فإن هذا ليس وجه
الاصطياد المعتاد

(فصل) وقوله إذا ذكر اسم الله تعالى على إرسالها ظاهر هذا اللفظ يقتضي أن التسمية شرط في
صحّة الاصطياد كما هي شرط في صحّة الذكاة * وقد قال ابن القاسم في المدونة من ترك التسمية في
الصيد عامدا لم يؤكل صيده * ويجري في التسمية في الصيد من الخلاف ما تقدم في الذبيحة وقد تقدم
هناك من الكلام ما يغني عن أعادته * ومما يختص بهذا الباب قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم
وإذا ذكر اسم الله عليه فأمر بذلك كرامة تعالى على الصيد والأمر يقتضي الوجوب * ومن جهة السنة
ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعدي بن حاتم إذا سميت فكل ولا فلا تأكل وكذلك
إرسال السهم والرمي بالرمح والضرب بالسيف يلزم فيه من التسمية ما يلزم في إرسال الجارح لأن
الذكاة انتقلت منه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن التسمية تلزم حين إرسال الكلب على ما قاله في
موطنه في قوله إذا ذكر اسم الله تعالى عند إرسالها * ووجه ذلك أنه ربما قتل فيكون ذلك ذكاته
فإن قدر على الصيد بعد ذلك ولزمته ذكاته كان عليه أن يسهى عند ذكاته أيضا ولم أر في ذلك نصا غير
أن إرسال الكلب هو ابتداء ذكاة ما قتل لأنه قد تغيب حين القتل ولا يعلم به فلا يمكن التسمية
حينئذ فشرعت التسمية حين الإرسال فإن لم يقتل انتقلت ذكاته إلى الذكاة المعهودة فلزمت إعادة
التسمية وأيضا فإن التسمية لزمت عند إرسال الجارح لأنه فعل الصائد * وما بعد ذلك فأنما هو فعل
الكلب وحينئذ يلزم الصائد أن ينوي دون وقت قتل الكلب فإذا أخذ ولم يقتل فقد تعين عليه فعل
آخر وهو الذكاة ونية أخرى فلزمت إعادة التسمية كالزمن تجديد النية والله أعلم ص * قال مالك
وأحسن ما سمعت في الذي يتخلص الصيد من مخالب البازي أو من في الكلب ثم يربص به فيموت أنه
لا يحل أكله * قال مالك وكذلك كل ما قدر على ذبحه وهو في مخالب البازي أو في الكلب فيتركه
صاحبه وهو قادر على ذبحه حتى يقتله البازي أو الكلب فإنه لا يحل أكله * قال مالك وكذلك الذي

في البازي والعقاب
والصقر وما أشبه ذلك إذا
كان يفقه كما تفقه الكلاب
المعلمة فلا بأس بأكل ما
قتلت مما صادت إذا ذكر
اسم الله على إرسالها * قال
مالك وأحسن ما سمعت
في الذي يتخلص الصيد
من مخالب البازي أو من
الكلب ثم يربص به
فيموت أنه لا يحل أكله
* قال مالك وكذلك كل
ما قدر على ذبحه وهو في
مخالب البازي أو في
الكلب فيتركه صاحبه
وهو قادر على ذبحه حتى
يقتله البازي أو الكلب
فإنه لا يحل أكله * قال مالك
وكذلك الذي

من باب الحصر فلما أضاف الأيدي والرماح إلى المخاطبين وهم المؤمنون دل ذلك على قصر هذا الحكم عليهم ووجه قول ابن وهب أنها ذكاة فصحت من الكتاب كالذبح (مسئلة) وأما صيد الجوسي فإنه لا يجوز كما لا يجوز ذبيحته لأنه ليس من أهل الكتاب وإنما أباح الله تعالى لنا طعام أهل الكتاب بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب وإذا تولد صبي بين كتابي ومجوسي فحكمه في هذا الباب حكم أبيه وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى (مسئلة) وأما المجنون فلا يؤكل صيده ولا ذبيحته وكذلك السكران رواه ابن المواز عن مالك لأن الصيد يحتاج إلى نية ولا تصح النية من أحدهما

﴿ ماجاء في صيد البحر ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الرحمن بن أبي هريرة سأل عبد الله بن عمر عما لفظ البحر فنجاه عن أكله قال نافع ثم انقلب عبد الله فدعا بالمصحف فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه قال نافع فأرسلني عبد الله بن عمر إلى عبد الرحمن بن أبي هريرة أنه لا بأس بأكله ﴿ ش قوله أن عبد الله بن عمر نهى عن أكل ما لفظه البحر وذلك على ضربين أحدهما أن يلفظه حيا والثاني أن يلفظه ميتا لما اعتقد تحريمه ثم ظهر إليه أن يعيد النظر أو يذكرا الآية فأعاد نظره فيها فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه فحمل الصيد على ما اصطيد منه لا متناعه والطعام على ما يتناول دون تصيد وذلك لا يكون إلا في الطافي الذي قدمنا وهو في الغالب لا يعلم سبب موته ولا أنه مات بسبب فلما استوى عنده ذلك في الإباحة أمال العموم الآية وألغى غيرها من الأدلة رجع عن المنع منه إلى إباحته (مسئلة) إذا ثبت ذلك فجميع صيد البحر حلال عند مالك وأما كلب الماء وخزيره فقد روى الشيخ أبو القاسم أنه مكروه غير محرم وقاله ابن حبيب وفي الموازية اختلف في خنزير الماء فأجاز أكله ربيعة وكرهه يحيى ابن سعيد وظاهر القرآن والسنة يبيحه فوجه القول الأول ظاهر التسمية وفي المدونة عن ابن القاسم لم يكن مالك يجيبنا فيه بشئ ويقول أنتم تقولون خنزير يريده والله أعلم بالتعلق بعموم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ولا سيما على قول من راعى في العموم موضوع اللفظ دون عرف استعماله ومن راعى عرف استعماله دون موضوعه توقف عن الجواب أو حكم لما يدخل تحت عرف الاستعمال بالكراهية قال ابن القاسم أني لا تقيده ولو أكله رجل لم أره حراما وجه القول الأول قوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال هو الطهور وماؤه الحل ميتته (مسئلة) وأما الخريت فقال ابن عباس لا بأس بأكله وهو ظاهر مذهب مالك وأصحابه وقال ابن حبيب أنا أكرهه لأنه يقال أنه من المسوخ

(فصل) وقوله نهى عن أكل ما لفظه البحر وذلك على ضربين أحدهما أن يلفظه حيا والثاني أن يلفظه ميتا فأمال اللفظه حيا فإن مذهب مالك جواز أكله وكذلك ما لفظه ميتا سواء مات بسبب أو بغير سبب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تؤكل ميتته إلا ما مات بسبب مثل أن يؤخذ فيموت أو يموت من شدة حر أو برد أو تقتله سمكة أخرى أو ينضب عنه الماء فيموت أو يلفظه البحر حيا فيموت فأما إن مات حتف أنفه أو لفظه البحر ميتا فإنه لا يؤكل والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم في كتاب الطهارة وهو ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو الطهور وماؤه الحل ميتته ودرى من جهة القياس أن غذا سمك لو مات في البر لاكل فأذا مات في البحر وجب أن يؤكل أصله إذا مات بسبب وأيضا فإن الذكاة إنما تكون بقصد قاصد يصح منه القصد ولا خلاف أن ذلك لا يعتبر

﴿ ماجاء في صيد البحر ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الرحمن بن أبي هريرة سأل عبد الله بن عمر عما لفظ البحر فنجاه عن أكله قال نافع ثم انقلب عبد الله فدعا بالمصحف فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه قال نافع فأرسلني عبد الرحمن بن أبي هريرة أنه لا بأس بأكله

في الحوت فوجب أن لا تعتبر فيه الذكاة إذا ثبت ذلك في هذا بابان * أحدهما في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة * والباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله إلا بذكاة

﴿ الباب الأول في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة ﴾

ما في الماء من الحيتان ودوابه على ضربين * ضرب لا تبقى حياته في غير الماء وضرب تبقى حياته في غير الماء فأما ما لا تبقى حياته في غير الماء كالسمك وجميع أنواع الحيتان والدواب التي إذا خرجت من الماء لم تبقى حياتها وعما جعلها الموت ولا تصرف لها في البر فلا خلاف في المنع عنها بهجوز أكل ذلك كله بغير ذكاة ولا سبب * وأما ما تبقى حياته في البر كالضفادع والسلحفاة والسرطان ففي المدونة عن مالك إباحة أكله من غير ذكاة ولا سبب وروى عيسى عن ابن القاسم ما كان مأواه في الماء فإنه يؤكل بغير ذكاة وإن كان يرعى في البر وكان مأواه ومستقره في البر فإنه لا يؤكل إلا بذكاة وإن كان يعيش في الماء وفي المدينة عن محمد بن إبراهيم بن دينار في القسمين لا يؤكل إلا بذكاة وهو قول أبي حنيفة والشافعي وجه قول مالك أن هذا من حيوان الماء فلا يحتاج إلى ذكاة كالحوت ووجه القول الثاني أنه حيوان يعيش في البر فلم يجزأ أكله إلا بذكاة كحيوان البر (مسئلة) دم السمك نجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو طاهر يحمل أكله وبطهارته قال الشيخ أبو الحسن والدليل على ما نقوله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم وهذا عام فيحمل على عمومه ودليلنا من جهة القياس أن هذا دم سائل فوجب أن يكون نجسا كسائر الدماء

﴿ الباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله إلا بذكاة ﴾

أما ما يحتاج إلى ذكاة فهو كالجراد والخلزون وما يكون في البر من الحشرات وأنواع الخشاش * قال القاضي أبو الوليد وهي عندى من التي ليست لها نفس سائلة فقد روى عن مالك في كتاب ابن المواز وغيره أنه لم يجزأ كل الجراد وغيره إلا بذكاة فإن مات بغير سبب بعد أن اصطيدت حية فقد أجاز أكلها سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وقالوا أخذها ذكاتها ولو وجدت ميتة لم يجزأ عندهما أكلها وأجاز ذلك مطرف من رواية ابن حبيب عنه وقاله محمد بن عبد الحكم وبه قال الشافعي ووجه قول مالك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهذه ميتة ومن جهة المعنى أن هذا من حيوان البر فلم يجزأ أكله بغير ذكاة أصل ذلك سائر حيوان البر ووجه قول مطرف أن هذا حيوان مقدور عليه لا تعتبر فيه الذكاة المخصوصة فلم تعتبر فيه ذكاة أصله الحوت (فرع) وحكم الخلزون حكم الجراد في أنها لا تؤكل إلا بذكاة قال ابن حبيب كان مالك وغيره يقول من احتاج إلى أكل شيء من الخشاش لدواء أو غيره فلا بأس به إذا ذكى كما يذكى الجراد كالخنفساء والعقرب وبنات وردان والعقربان والجنسب والزنبور واليعسوب والذرة والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض والذباب وما أشبه ذلك ص

﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن سعد الجارى مولى عمر بن الخطاب أنه قال سألت عبد الله بن عمر عن الحيتان يقتل بعضها بعضا أو تموت صردا فقال ليس بها بأس قال سعد ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاصي فقال مثل ذلك ﴾ ش ماقتل بعضها بعضا من الحيتان أو مات صردا يجوز أكله وهو مما اتفق عليه مالك وأبو حنيفة والشافعي لأنه مات بسبب وليس من شرطه عند أبي حنيفة أن يكون السبب من فعل الصائد بل يجوز أكله متى مات بسبب من فعل الصائد أو غير فعله وما احتاج إلى سبب عند مالك فإنه يحتاج أن يكون السبب من فعل قاصد إلى ذلك وقد نص على ذلك الشيخ أبو بكر في كل ما ليست له نفس سائلة أن ذكاته بأن يقصد إلى أماته بفعل ما وهل يعتبر فيه من صفة الفاعل

* وحديثي عن زيد بن أسلم عن سعد الجارى مولى عمر بن الخطاب أنه قال سألت عبد الله بن عمر عن الحيتان يقتل بعضها بعضا أو تموت صردا فقال ليس بها بأس قال سعد ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاصي فقال مثل ذلك

وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن أبي سامة بن (١٣٠) عبد الرحمن عن أبي هريرة وزيد بن ثابت أنهما كانا لا يريان

بما لفظ البحر بأسا * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن أبي سامة بن عبد الرحمن أن ناسا من أهل الجار قدموا فسألوا مهران بن الحكم عما لفظ البحر فقال ليس به بأس وقال اذهبوا إلى زيد بن ثابت وأبي هريرة فاسألوهما عن ذلك ثم اتنوني فآخبروني ماذا يقولان فاتوهما فسألوهما فقالا لا بأس به فاتوا مروان فآخبروه فقال مروان قد قلت لكم قال مالك لا بأس بأكل الحيتان يصيدها المجوسى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في البحر هو الطهور وماؤه الحل ميتته * قال مالك وإذا أكل ذلك ميتا فلا يضره من صاده

* تحريم أكل كل ذى ناب من السباع

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي إدريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذى ناب من السباع حرام * وحدثني عن مالك عن اسماعيل بن أبي حكيم عن عبيدة بن سفيان الحضرمي عن

ما يعتبر في الذكاة أم لا في العتية من رواية شهاب عن مالك لا يجوز صيد المجوسى للجراد أن قتلها بفعله إلا أن تؤخذ منه حية قال ابن عبد الحكم وعلى أخذها التسمية عند قطع رأسها أو أجنحتها أو غير ذلك مما يقتلها وهذا لا يدل على أن ناذ كاة لها ص * مالك عن أبي الزناد عن أبي سامة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة وزيد بن ثابت أنهما كانا لا يريان باللفظ البحر بأسا * مالك عن أبي الزناد عن أبي سامة بن عبد الرحمن أن ناسا من أهل الجار قدموا فسألوا مروان بن الحكم عما لفظ البحر فقال ليس به بأس وقال اذهبوا إلى زيد بن ثابت وأبي هريرة فاسألوهما عن ذلك ثم اتنوني فآخبروني ماذا يقولان فاتوهما فسألوهما فقالا لا بأس به فاتوا مروان فآخبروه فقال مروان قد قلت لكم قال مالك لا بأس بأكل الحيتان يصيدها المجوسى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في البحر هو الطهور وماؤه الحل ميتته * قال مالك وإذا أكل ذلك ميتا فلا يضره من صاده * ش قوله أن ناسا من أهل الجار أتوا مروان فسألوه عما لفظ البحر ومعناه من الحيتان والدواب وأنما سأله لأنه كان أمير المدينة حينئذ فأفتاهم بأكله ثم أمرهم أن يسألوا زيد بن ثابت وأبا هريرة لأنهما كانا من أعلم من بقى من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة في ذلك الوقت ولعل من كان يشاركهما في العلم غاب ذلك الوقت واستظهر بمشاورتهم المعنيين أما لأنه قد علم موافقتهم له على هذا الحكم قبل هذا وأراد أن يقوى ذلك في أنفس السائلين بجواب علماء الصحابة وفقهاء المدينة وأما لأنه لم يعلم قولهما في ذلك فأراد أن يستظهر بجواب من هو أعلم منه ويعلم في ذلك قوله وإن كان قد ظهر اليه ما أجاب به فلما وافقاه على ذلك تحقق قوله وقوى في نفسه ما أفتاهم به ولم يسأل مروان ولا زيد ولا أبو هريرة أحدا من السائلين عما رماه البحر من ذلك هل رماه حيا أو ميتا لأن الحكم عندهم في ذلك واحد على ما قد مرنا ذكره من قول مالك ولو اختلف الحكم فيه لسألوا عنه وكان الجواب من التفصيل على حسبه والله أعلم

* تحريم أكل كل ذى ناب من السباع

ص * مالك عن ابن شهاب عن أبي إدريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذى ناب من السباع حرام * مالك عن اسماعيل بن أبي حكيم عن عبيدة بن سفيان الحضرمي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذى ناب من السباع حرام قال يحيى تال مالك وهو الأمر عندنا * ش نهى صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع ظاهره التحريم ويجوز أن يحمل على الكراهية بدليل أن وجد في الشرع واختلف العلماء في تحريم السباع فروى العراقيون من المالكيين عنه أنها كلها عنده على الكراهية من غير تمييز ولا تفصيل وهو ظاهر ما في المدونة وقدرى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة أنه قال كل ما يفترس من السباع ويأكل اللحم فهو مما لا يؤكل وما كان سوى ذلك من دواب الأرض وما يعيش بنبات الأرض فلم يأت فيه نهى قال عيسى عن ابن القاسم وهذا فيما كان من السباع فأما الطير فأنها تفترس وتأكل اللحم وليس بأكلها بأس وأما المدينون من المالكيين فقد قال ابن حبيب لم يختلف المدينون في تحريم لحوم السباع العادية الأسد والنمر والثعبان والكلب فأما غير العادية كالذئب والثعلب والضبع والمهر والوحشى والأنسى فيكره أكلها دون تحريم قاله مالك وابن الماجشون ولعله لم يبلغه قول ابن كنانة أو بلغه وحمله على المنع في الجملة وأنه عنده على

أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذى ناب من السباع حرام قال مالك وهو الأمر عندنا

ضربين منه ممنوع على وجه التحريم ومنه ممنوع على وجه الكراهية وأما المغاربة من المالكيين
ففي كتاب ابن المواز عن مالك السبع والنمر والفهد محرمة بالسنة والذئب والثعلب والمهر مكرهه
وقد يوجد من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن ذلك كله على الكراهية مثل رواية العراقيين
استدل شيوخنا في ذلك بقوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون
ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس فليست لحوم السباع مما تضمنته الآية فوجب أن
لا يكون محرما ودليلنا من جهة القياس أن هذا سبع فلم يكن محرما كالضبع والثعلب
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أكل كل ذي ناب من السباع حرام وهذا نص في التحريم
وقد أجاب عنه أبو بكر بن الجهم وغيره بأن سفيان غير معلوم الحفظ وقد روى الزهري حديث أبي
ثعلبة الخشني فلم يذكر لفظ التحريم وليس هذا بصحيح من الاعتراض لأن مالكاً أخرج في
موطنه وهذا يدل على تصحيحه والتزامه لأن يكون عنده في ذلك تأويل وأما مخالفة لفظ حديث
الزهري له فليس باعتراض صحيح لجواز أن يكون أبو هريرة نقل لفظ التحريم ونقل أبو ثعلبة لفظ
النهي وقد أجاب عنه بعض أصحابنا بأن قوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه
الآية عام في نفي كل محرم غير ما تضمنته الآية تحريمه إلا أن يدل دليل على تحريم ما لا تتضمنه الآية
كما دلت آية الحجر على تحريمها وإن لم يكن ذلك في هذه الآية وحديث لحوم السباع عام في تحريمها
على كل أكل فتعمل الآية على عمومها ويخص بها حديث تحريم لحوم السباع ونحوه على
المحرمين وكان ذلك أولى لأن الآية مبطوع بصحتها وكان التعلق بعمومها أولى من التعلق بعموم
مظنون وهو عموم الخبر فإن قيل فإفائدة تخصيص لحوم السباع وسائر لحوم الوحش محرمة على
المحرمين فالجواب أنه لا يمنع أن يخص نوعا من الجنس دون جميعه ليجتهد في إلحاق الباقي به أو مخالفته
له كما يقولون أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وخص بذلك التحريم وإن كان غيره من
الحيوان عندكم حراما لم ينص عليه وجواب ثان وهو أنه إنما خص لحوم السباع بالذكركا كانت
مما أبيع للحرم قتلها ابتداء لئلا يعتقد أنها بمنزلة بهيمة الأنعام في استباحة لحومها لما كانت بمنزلتها
في استباحة قتلها والاصل عندي في هذا أن يخص الحديث بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم
وذكروا اسم الله عليه فالآية عامة في كل الحيوان وخاصة في الأمساك ويثبت أبي هريرة خاص
في السباع وعام في أحوالها فتجمع بينها وتخص الحديث ونحوه على الميتة بما يدل خصوص الآية
فيما أمسك علينا وكان ذلك أولى من تخصيص الآية بالحديث لمعنيين أحدهما أن الآية معلومة
والحديث ليس بمعلوم والثاني أن عموم الآية لم يدخله تخصيص وعموم الحديث قد دخله تخصيص
في الضبع والثعلب عندنا وعند الشافعي ووجه ذلك أن الأغلب من هذه السباع العادية أنها
لا يتمكن منها إلا بعد فوات ذكاتها فخرج الحديث على الأغلب من أحوالها فهذا الذي يمكن أن
يقال في ذلك ورواية من روى عن مالك التحريم أظهر لحديث أبي هريرة وهو نص في التحريم
وخاص في السباع وقد قال القاضي أبو اسحاق في مبسوطه أحسب أن مالكاً حمل النهي عن
أكل كل ذي ناب من السباع على النهي عن أكلها خاصة لأن عبدة بن سفيان روى عن أبي
هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام فذهب مالك إلى
أن النهي مختص بالأكل وإن التذكية طهر لغيره لا كل فقال لا بأس بجلود السباع المذكاة أن
يصلى عليها (مسئلة) إذا قلنا بتحريم لحوم السباع العادية فقد روى ابن حبيب عن مالك أن

الدب والثعلب والضبع ليست بمحرمة وهذا على ما قاله ابن حبيب فان قول مالك لم يختلف في السباع التي لا تبدأ بالأذى غالبا كالحمر والثعلب والضبع وانما اختلف قوله في السباع العادية التي تبدأ بالأذى غالباً فروى عنه التحريم وروى عنه الكراهية وماروى عن ابن القاسم وابن كنانة ان كل ما يفرس وبأكل اللحم لا يؤكل لحمه محتمل يحتمل أن يريد به التحريم ويحتمل أن يريد به الكراهية وأما القرد فقد قال ابن حبيب لا يحل لحم القرد * قال الامام أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي انه ليس بحرام لعموم الآية ولم يرد فيه ما يوجب تحريماً ولا كراهية فان كانت كراهية فلا خلاف العلماء فيه والله أعلم (مسئلة) وأما كل الضب فباح عند مالك وقال أبو حنيفة هو مكروه (مسئلة) ولا تؤكل حية ولا عقرب قاله الشيخ أبو بكر وانما كرهها كلها لانها ليست من بهيمة الأنعام ولا الطير ولا السمك وقد يجوز أن تكون في معنى السباع فكرهها كلها كما كرهها كل لحوم السباع فاما تحريمها فغير جائز لان الدليل لم يقيم على ذلك فنص على المنع على وجه الكراهية لا على وجه التحريم للوجهين اللذين ذكرهما ويحتمل أن يكون كرهها كلها ما فيها من السم مخافة على آكلها وأما كل شيء من ذلك على وجه التداوى اذا أمن من أذاها وعرف وجهه فلا بأس به وله أربع أكل الترياق مع ما فيه من لحوم الافاعي لمن أمن أذاها وعرف سلامة لحمها من سمها (مسئلة) حشرات الأرض مكروهة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولها هي محرمة والدليل على ما نقلوه قوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى الى محرماً على طعام يطعمه الآية وليس فيها ذكراً للحشرات ومن جهة المعنى انها من الهوام فكرهها كلها لغير ضرورة كالحيات (مسئلة) وأجاز مالك أكل الطير كله ما كان له مخلب وما لم يكن له مخلب قال مالك لا بأس بأكل الصرد والهدد ولا أعلم شيئاً من الطير يكرهه أكله واختلف قول مالك في الخطاف في المستخرجة لا بأس بأكل الخطاطيف وقاله ابن القاسم وروى علي بن زياد عن مالك انه كرهها كلها والأول أكثر وأظهر خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولها لا يؤكل كل ذي مخلب من الطير والدليل على ما نقلوه قوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى الى محرماً على طعام يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير الآية وهذا عام فخصه على عمومه الا ما خصه الدليل وقوله تعالى في الجوارح فكلوا مما أمسكن عليكم ولم يفرق بين ذي مخلب وغيره ودليلنا من جهة القياس ان هذا طائر فلم يكن حراماً كالذئب والجاء والأوز

* ما يكره من أكل الدواب *

ص * مالك ان أحسن ما سمع في الخيل والبغال والحمير انها لا تؤكل لان الله تبارك وتعالى قال والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال تبارك وتعالى في الأنعام لتركبوها ومنها تأكلون وقال تبارك وتعالى ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر * قال مالك وسمعت ان البائس هو الفقير وان المعتر هو الزائر قال مالك قد كره الله الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة وذكروا أن الأنعام للركوب والأكل قال مالك والقانع هو الفقير أيضاً * ش استدلل مالك على المنع من أكل لحوم الخيل والبغال والحمير بالآية وذلك من وجهين أحدهما ان لا يمكى بمعنى الحصر وذلك انه أخبر تعالى انه انما خلقها للركوب والزينة وقصده تلك الامتنان علينا واظهار احسانه اليها فدل ذلك على انه جيع ما أباحه لنا منها ولو كانت فيها منفعة غير هالذ كرها ليبين انعامه علينا وليظهر اباحتها ذلك الينا فان اخباره تعالى انه خلقها لهذا المعنى دليل على انه جيع التصرف

* ما يكره من
أكل الدواب *
* حدثني يحيى عن مالك
ان أحسن ما سمع في الخيل
والبغال والحمير انها لا
تؤكل لأن الله تبارك
وتعالى قال والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة
وقال تبارك وتعالى في
الأنعام لتركبوها ومنها
تأكلون وقال تبارك
وتعالى ليذكروا اسم
الله على ما رزقهم من
بهيمة الأنعام فكلوا منها
وأطعموا القانع والمعتر
قال مالك وسمعت أن
البائس هو الفقير وأن
المعتر هو الزائر قال مالك
قد كره الله الخيل والبغال
والحمير للركوب والزينة
وذكروا أن الأنعام للركوب
والأكل قال مالك والقانع
هو الفقير أيضاً

المباح فيها والوجه الثاني انه ذكر الخيل والبغال والحمير فاخبر تعالى انه خلقها للركوب والزينة وذكر
الأنعام فاخبر انه خلقها للركوب منها ونا كل فلما عدل في الخيل والبغال والحمير عن ذكر الأكل دل
ذلك على انه لم يخلقها لذلك والابطلت فائدة التخصيص بالذكر (مسئلة) اذ اثبت ذلك فالخيل عند
مالك مكروهة وليست بمحرمة ولا مباحة على الاطلاق وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي هي مباحة وبه
قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وقال ابن حبيب الخيل مختلف في كراهية أكلها فلا يبالغ بها التحريم
والبراذين مثلها فجعلها مباحة في أحد القولين ودليلنا على كراهيتها ان هذا حيوان أهلي ذو حافر
فلم يكن أكله مباحا كالبغال والحمير وتعلق من رأى اباحته ذلك بما روى محمد بن علي عن جابر بن عبد الله
نهي النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الجر وأرخص في لحوم الخيل (مسئلة) وأما الحمير
فاختلفت الرواية عن مالك فيها فقيل انها محرمة وقيل مكروهة غير محرمة ذكر ذلك القاضي أبو محمد
وذكر القاضي أبو الحسن رواية الكراهية خاصة والدليل على التحريم ما روى عن أبي ثعلبة حرم
رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الجر الأهلية ووجه الرواية الثانية ان هذا حيوان مركوب ذو
حوافر فلم يكن محرما وان كان مكروها كالخيل وأما البغال فحكمها حكم الجر لانها متولدة بينها
وبين الخيل فان قلنا ان الجر مكروهة فالبغال مكروهة وان قلنا ان الجر محرمة فالبغال محرمة
(فصل) وقوله وان القانع هو الفقير والمعتر هو الزائر بما ذكره العلماء وأهل التفسير ويقضيه
المعنى وذلك أن البائس من وجد به البؤس والفقر من جله البؤس والقانع هو الطالب والقنوع
الراضي بما عنده

﴿ ما جاء في جلود الميتة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن عباس أنه قال مر
رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة ميتة كان أعطاها مولاة لميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أفلا
انتفعتم بجلدها فقالوا يا رسول الله انها ميتة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها ﴿ ش
قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بشاة ميتة كان أعطاها مولاة لميمونة يريد انه كان أعطاها
انها حية ثم ماتت وكان أعطاها اياها ما على سبيل الصدقة لكونها محتاجة لان اطلاق لفظ المولاة
يقيد أنها قد اعتقت وسقطت نفقتها عن أعتقها والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ألا انتفعتم بجلدها يحتمل معنيين أحدهما أفلا ذبحتموها
فانتفعتم بجلدها والثاني أفلا سلختموها فانتفعتم بجلدها حضا منه صلى الله عليه وسلم على الانتفاع
بالأموال والتميز لها ومنعها من افسادها قليلها ويسيرها وما فيه منتفع منها والانتفاع بكل نوع منها
وصرف ما فضل من الأموال واستغنى عنه الى سبيل الله ومواساة أهل الحاجة فان افساد المال
لا فائدة فيه ولا منفعة في اطراح ما ينتفع به الا مجرد العبث والكبر (فرع) وهذا الانتفاع مشروط
بعدمالك بتقدم الدباغ ولا يجوز الانتفاع بها قبل الدباغ رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم في
العتية وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا يفتش ولا يطحن عليه ولا
يستعمل في غير ذلك من وجوه المنافع حتى يدبغ وروى أبو يزيد عن ابن القاسم عن مالك في العتية
عرك الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ أحب الى وقال ابن القاسم لا ينتفع به حتى يدبغ والدليل على
ذلك ما روى عن عبد الله بن عكيم انه قال قرأ علينا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ينتفعوا

﴿ ما جاء في جلود الميتة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن عبيد
الله بن عبد الله بن مسعود
عن عبد الله بن عباس
أنه قال مر رسول
الله صلى الله عليه وسلم
بشاة ميتة كان أعطاها
مولاة لميمونة زوج النبي
صلى الله عليه وسلم أفلا
انتفعتم بجلدها فقالوا
يا رسول الله انها ميتة فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم انما حرم أكلها

من الميتة باهاب ولا يعصب فدل على أن الانتفاع بالجلد شرط في التوصل اليه تطهيره بالكاه وجعل لذلك التطهير عند عدمه بدل وهو الدباغ فلا يجوز استباحة ذلك دون البديل اذا عدم المبدل منه كالصلاة جعلت الطهارة شرطاً في صحتها وجعل للطهارة بدلاً وهو التيمم فلا يجوز استباحتها عند عدم المبدل منه الا بالتيمم الذي هو البديل فهذا أكثر من المذهب ويحتمل الرواية عن مالك أن ذلك على الاستعجاب ويكون وجه ذلك التعلق بظاهر قوله هلا انتفعتهم بجلدها ولم يشترط دباغاً ولا غيره

(فصل) وقولهم انها ميتة اظهر الوجه الذي منعهم من الانتفاع بجلد الميتة حين علموا تحريم الميتة فاعتقدوا أن ذلك يحرم الانتفاع بجلدها وغير ذلك منها وانه قد حرم ذلك كله منها كما حرم أكل لحما (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها تبين لما حرم منها واعلام أن الانتفاع بها لم يفت بفوتها كما لم يفت المحدث الصلاة عند عدم الماء بل قد يمكن استدراكه بالدباغ كما يمكن المحدث استدراك استباحة الصلاة بالتيمم وليس في هذا الحديث تصريح بطهارة جلد الميتة وانما فيه الاخبار عن جواز الانتفاع بها وقد استدلل أصحاب الشافعي من هذا الحديث على طهارة جلد الميتة بالدباغ لقوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها وانما للحصر وهذا يقتضي أن ماء الدباغ لا ياكل منه باق على ما كان عليه من الاباحة فيها وهذا ليس بصحيح لأنه لم يجز للطهارة ولا للنجاسة ذكر وانما جرى ذكر جواز الانتفاع بها فيجب أن يكون قوله انما حرم أكلها راجعاً اليه في اباحة ما يقتضي اللفظ اباحته منه ومنع ما يقتضي اللفظ المنع منه فأما الطهارة والنجاسة فلم يجز لهما ذكر فلا يتعلق بهما شيء من اللفظ بحصر ولا غيره كما أن بقاء الملك عليها وازالتها عنها لم يجز له ذكر فلم يرجع اللفظ اليه ولذلك قال أكثر أصحابنا وأصحابهم انه لا يجوز بيعها لأن لفظ الانتفاع بها لا يتناولها فلم يرجع اليه قوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها ويحتمل أن يكون قوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها راجعاً الى الشاة وقد ينتفع بلحمها أيضاً وقال الشيخ أبو بكر ينتفع به بان يطعمه كلابه قاله ابن المواز اذا شاء ذلك فانه يذهب بكلابه اليها ولا يأتي بالميتة الى الكلاب ص **و** مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعله المصري عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر **ش** قوله صلى الله عليه وسلم اذا دبغ الاهاب فقد طهر تصريح بطهارته بعد الدباغ والطهارة على ضربين طهارة ترفع النجاسة جملة وتعيد العين طاهرة كغسل الخمر وطهارة تباع الانتفاع بالعين وان لم ترفع حكم النجاسة كطهير الدباغ جلد الميتة على المشهور من مذهب مالك ويجري ذلك مجرى الوضوء في رفع الحدث والتيمم في استباحة الصلاة مع بقاء الحدث فأما تطهير الدباغ جلد الميتة بمعنى الانتفاع به مع بقاء نجاسته فما خلا في نفعه في المذهب قال الشيخ أبو القاسم جلد الميتة قبل الدباغ نجس وبعده طاهر طهارة مخصوصة يجوز بها استعماله في اليابسات وفي الماء وحده من المائعات وأما تطهيره اياه بمعنى رفع نجاسته جملة واعادة طهارته فقد اختلف العلماء فيه فروى عن مالك أنه لا يطهر بالدباغ ومعنى ذلك الطهارة التي تدفع النجاسة وروى شيوخنا العراقيون عن مالك رواية أخرى أنها تطهر بالدباغ الا جلد الخنزير وهو قول ابن وهب وابن حنبل وبه قال أبو حنيفة والشافعي واستدل أصحابنا في ذلك بما روى عن عبد الله بن عكيم أنه قال قرئ علينا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ينتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب وهذا الحديث لا يصح احتجاجنا به لأننا لم نمنع الانتفاع بجلد الميتة بعد الدباغ وهم لا يخالفون في الذي لا يجوز الانتفاع

و حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعله المصري عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر

به قبل الدباغ ودليلنا من جهة المعنى أنه جزء من الميتة نجس بالموت فوجب أن تتأبد نجاسته أصل
 ذلك اللحم واستدل في ذلك من أثبت الطهارة التي تدفع النجاسة بما روى عن النبي صلى الله عليه
 وسلم أنه قال إذا دبغ الأهاب فقد طهر والجواب أن الطهارة تكون بمعنى التنظيف وإباحة الاستعمال
 وإن لم ترفع حكم موجب الطهارة يدل على ذلك أن التيمم قد سمي في الشرع طهارة وسمى التراب
 طهورا كما يسمى الماء وإن كان لا يدفع حكم موجب وهو الحدث وإنما تستباح به الصلاة فكذلك
 في مسئلتنا مثله (فرع) فإن قلنا أن الدباغ لا يدفع حكم نجاسة فإنه يستمتع به ويصرف في
 الجامدات يغربل عليه الطعام وغيره غير أنه لا يصلى به ولا عليه وقال ابن حنبل لا ينتفع به ولا يستعمل
 في جامد ولا غيره والدليل على قولنا قوله صلى الله عليه وسلم إذا دبغ الأهاب فقد طهر وقوله صلى
 الله عليه وسلم في حديث ابن عباس أفلا تنتفعتم بجلدها وقوله صلى الله عليه وسلم إنما حرم أكلها
 (فرع) وأما استعمالها في المائعات فإنه كرهه مالك في خاصته استعماله في الماء ولم يمنع منه غيره ومنع من
 استعماله في غير ذلك من المائعات هذا هو المشهور من مذهب مالك وذكره الشيخ أبو بكر
 في شرح المختصر عن مالك وقال ابن حبيب لا بأس أن يجعل منها السقاء للماء وقربة للدين وزق
 الزيت ووجه ذلك أن الماء لا ينجس من النجاسات إلا بما يغيره وإنما يكره استعمال اليسير منه
 للخلاف على ما تقدم في ذكر أحكام المياه في كتاب الطهارة فكان يحتاط ويأخذ بالافضل في
 خاصته ويوسع على الناس فيه لما قام من الدليل على طهارته وأما سائر المائعات فإنها تنجس بيسير
 وإن لم يغيرها فلذلك لم يجز استعمالها فيها لأن ذلك ينجسها ويحرمها ولا يجوز على هذه الرواية
 بيعه رواه ابن القاسم عن مالك في المدينة لأنه لا يجوز بيع ما كان نجسا لعينه وأما رواية ابن
 حبيب في استعماله في اللبن والزيت فبني على قول من يرى أن المائعات لا تنجس من مخالطة
 النجاسة إلا بما يغير وقد تقدم ذكره في الطهارة (فرع) وإن قلنا أنه يطهر بالدباغ طهارة تمنع
 نجاسته فإنه يصلى به وعليه ويستعمل في المائعات كلها ويجوز بيعه قاله ابن وهب ورواه ابن
 عبد الحكم عن مالك في المختصر الكبير بشرط أن تبين والمشهور من المذهب أنه لا يجوز بيعه
 مع كونه لا يجوز أن يصلى فيه (مسألة) وبما يطهر من الدباغ قال ابن المواز عن نافع في
 المدينة لا يكون دباغه بالملاح فقط مما يمنعه الفساد وإنما يكون الدباغ التام الذي ينتفع به للشرب
 وغيره وقال يحيى بن سعيد الأنصاري ما دبغ به جلد الميتة من دقيق أو ملح أو قرظ فهو له طهور
 والدليل لقوله صلى الله عليه وسلم إذا دبغ الأهاب فقد طهر فعلق ذلك بالدباغ والدباغ معلوم
 وأما ما يفعل من غيره مما لا يبلغه حكم الدباغ والانتفاع به في الأسقية وغيرها فائما هو تخفيف لطوباته
 وهذا يحصل بتجفيفه في الشمس (مسألة) إذا ثبت ذلك فهذا حكم جلدهما يستباح أكله بالكاه
 والحيوان على ثلاثة أضرب مباح وقد تقدم ذكره ومحرم ومكروه فأمَّا المتفق على تحريمه كالخنزير
 فقد قال الشيخ أبو بكر لا ينتفع بجلده وإن ذبح ودبغ لانه لا يحل بذكاه ولا غيرها * والدليل على
 ما نقوله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ثم قال في آخر الآية لا ما ذكيتم والخنزير لا تعمل فيه
 الذكاه وهي أقوى في التطهير من الدباغ لأن الذكاه تعمل في اللحم وغيره من أجزاء الحيوان
 والدباغ إنما يعمل في الجلد خاصة على الاختلاف فإذا كانت الذكاه لا تؤثر في جلد الخنزير فبأن
 لا يؤثر الدباغ أولى وأحرى * وفي المبسوط عن اسمعيل بن أبي أويس سئل مالك عن جلود الميتة مما
 يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه فقال لا بأس إن يستمتع بها ولا يتباع ولا يصلى عليها وقال الشيخ أبو القاسم

ذلك كله سواء (مسئلة) وأما ما تقدم الخلاف في تحريمه بجلود السباع فقال ابن المواز عن مالك لا بأس ببيع جلود السباع والصلاة فيها اذا ذكيت وان لم تدبغ اذا غسلت وقال ابن حبيب في جلود السباع العادية لا تباع ولا يصلى عليها ولا تلبس وان ذكيت وينتفع بها فيما سوى ذلك فاما قول ابن حبيب فعلى رواية التحريم وأما رواية ابن المواز فيجوز أن يكون على رواية نفي التحريم ويجوز أن يكون على رواية التحريم لما كان تحريمها مختلفا فيه وأما السباع التي لا تعدو كالهرة والثعلب والضبع فقد قال ابن حبيب يجوز بيعها ولباسها والصلاة فيها اذا ذكيت وقال الشافعي لا تطهر جلود السباع بالذكاة غير الضبع وتطهر بالدباغ غير جلد الكلب والخنزير والدليل على ما نقوله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم فاستثنى المذكي فدل على انه غير محرم ودليلنا من جهة القياس ان هذا جلد يطهر بالدباغ فوجب أن يطهر بالذكاة بجلد الضبع (مسئلة) وأما جلد الفرس فقال ابن المواز لا يصلى به وان ذبح ودبغ وقال ابن حبيب لا بأس ببيعه والصلاة فيه وقد اتفقنا على انه جلد حيوان مكروه لا يحرم فيخرج من هذا ان جلد الحيوان المكروه له عند ابن المواز لا يستباح استعماله بالذكاة ولا دباغ ومعنى ذلك ما رواه عن مالك انه انما كرهه ذكاتها للذريعة الى أكل لحومها فنزع من ذلك لما كانت كثيرة التكرار والوجود لا عينها وأما جلود السباع فقد أجاز بيعها والصلاة بها اذا ذكيت وان لم تدبغ وذلك لما لم تكن لحومها موجودة فلم يخف أن يكون استعمال جلودها ذريعة الى أكلها فتأكدت عنده كراهية لحوم الخيل وجلودها لما خاف الذريعة الى أكلها ولا يمتنع مثل هذا في الشريعة فان لحم الخنزير محرم كلحم الميتة وكان الحر ثم شرع الحدف في شرب الخمر لما خيف التسرع اليها ولم يشرع الحدف في أكل الميتة ولا في أكل لحم الخنزير لما لم يخف التسرع اليها وقال ابن حبيب في جلد الفرس لا بأس ببيعه والصلاة فيه ومعنى ذلك انه غير محرم له فيجوز أن يكون جلده طاهرا بجلود السباع التي لا تعدو (مسئلة) وأما جلد الحمار والبغل فقد قال ابن المواز لا يصلى بجلده شيء من ذلك وان دبغ وذبح وقال مالك أكرهه ذكاتها للذريعة الى أكل لحومها وهذا يقتضي انها عنده على الكراهية ويحتمل على توجيه ابن حبيب أن يكون القول فيها كالقول في جلد الفرس وأما على رواية التحريم فيجب أن يكون جلدها ممنوعا قولاً واحداً (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العظم نجس بالموت وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ينجس بالموت وقد روى ابن المواز ان مالكاً نهى عن الانتفاع بعظم الميتة والفيل والادهان فيه ولم يطلق محريمها لان ربيعة وابن شهاب أجازا الانتفاع بها قال ابن حبيب وقد أجاز ذلك ابن الماجشون ومطرف وابن وهب وأصبع فاما ابن وهب وأصبع فانهما راعيا تغليتها بالماء وجعل ذلك كالدباغ فيها يطهرها كما يطهر الجلد الدباغ وهذا يدل على انه ينجس عند هما بالموت فلم أر مالكا في رواية ابن المواز عنه راعى ذلك فيها وكذلك مطرف وابن الماجشون قال الشيخ أبو بكر والخلاف في هذه المسئلة مبني على أن الروح يحل العظم أو لا يحلّه وهذا الذي قاله مالك هو الأصل غير رواية ابن وهب وأصبع فانهما جعلاه مما تحلّه الروح ويطهر بالدباغ والدليل على أن الروح يحلّه وانه ينجس بالموت قوله تعالى من يحيي العظام وهي رميم الآية ودليلنا من جهة القياس ان ما ينجس لحمه بالموت ينجس به عظمه كالكلب والخنزير ووجهه ان رواية الثانية انه جزء لا يألّم الحيوان منه فلم ينجس بالموت أصل ذلك الشعر وقال الشيخ لم يحرم الانتفاع بانياب الفيل وغيره وانما كره ذلك للاختلاف في موتها وقال ربيعة انما ينتفع من عظم الفيل بالناب وحده لانه لا لحم عليه ولا دسم فيه انما هو كعبود

ليس ثابت قال وكذلك كل عظم ليس عليه لحم والى هذا ذهب ابن حبيب ولا أعلم بهذه المقتضيات
 الأسنان وهذا يقتضى أن أصل العظم الطهارة وأما نجس ما ثبت عليه اللحم مما طعم من اللحم
 الذى نجس باللون وقد قلنا عن مالك أن الریش الذى لا يفسخ فى اللحم والدم والقرون والأتباب
 والاطلاق لا يفسخ حكم هذا فإذا كرر بيعت حكم لب الفيل إلا أن يكون ابن حبيب روى عن مالك
 قوله واختار قول ربيعة (فرع) وأما بيع عظام الميتة فقد حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون
 لما سمع أحدا برخص فى ذلك وإذا وقع البيع فسخ ورد الثمن إلى المبتاع وذلك عنده فى عظام الفيل
 وغيرها وقال ابن عبد الحكم عن مالك يجب اجتناب عظام الميتة وعظام الفيل لأنها تجرى مجرى
 اللحم فلا يمتشط بها ولا يجر فيها وقال ابن حبيب فى الواضحة إذا غلبت جاز بيعها كما يجوز بيع
 جلود الميتة إذا دبغت وقال أصبغ لا تباع وإن غلبت غيراى لا أفسخ بيعها بعد أن تغلى إلا أن تكون
 قاتمة لم تغت وأما ما لم يبيع ولم يغلى فالباع مفسوخ فاستأ ولم تغت وهذا كله يدل من قول أصحابنا
 على أنها نجس باللون وتعملها الروح * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وقول ابن حبيب يبيعت فى
 العظم الطاهر لا معنى له عندى إلا أن يريد أن طول طهوره وليس رطوبته أو عذما يقوم مقام
 الباع لسائرهما وهذا حكم أتباب الفيل الذى لم يذك فأما إذا ذك فقد قال الشيخ أبو بكر يستف
 بجلوده وعظمه من غير دباغ بجلود السباع وعظامها يجوز الاتقاع بها إذا ذكيت من غير دباغ
 (فرع) وكره مالك أن يطبخ بعظام الميتة طعام أو شراب أو يسخن بها ما لم يوضه قال ابن حبيب
 كرهه فإن فعل جاز أكل الطعام ولم ينجس الماء قال الشيخ أبو بكر إنما كره ذلك لجواز أن يقع
 فى القدر منها شيء فينجسه (مسألة) الشعر والصوف والوبر لا ينجس باللون إذا ذك ابن حبيب عن
 مالك وكذلك الریش الذى لا يفسخ له مثل الزغب وشبهه وبقال أبو حنيفة غير أنه استثنى شعر الكلب
 والتحزير وهو أحق قولى الساقى وقوله الثانى أن ذلك كله ينجس باللون وذلك مبنى عندنا على أن
 الروح لا يعمل والدليل على ما نقوله قوله تعالى وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستقون بها يوم
 نطفكم ويوم أقامكم إلى قومه وما توعا إلى حين فوجب أن الاستدلال من الآية عمومها ولم يفرق
 بين شعر الميت وغيره منها ودليلنا من جهة القياس أن جز الشعر سبب لا تقطاع الماء عن الشعر فلم
 ينجس به كثره قال الشيخ أبو بكر تجوز الخرازة بشعر التحزير لأنه ليس بفس ولا روح فيه فيفوت
 بعد ذلك منه بأن يؤخذ ذلك منه حال حياته أو بعد موته والله أعلم * قال مالك عن زيد بن عبد الله
 ابن قسيط عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أمه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت * ش قوله أن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت أمرها هنا يصح أن يعمل على الوجوب
 والمنع من اتلاف ما يمكن الاتقاع به أو ما يصلح أن يذبح على اختلاف الناس فى ذلك كما أنه صلى الله
 عليه وسلم نهى عن اضاعة المال وترك الاتقاع به مع جواز ذلك من باب ما يقول ويجعل أن يعمل
 على الوجوب ففتح تحريم ترك الاتقاع به تحريم له لأن تحريم ما أحله الله محرم ويصح أن يعمل على
 التنبه وهو أقل ما يعمل عليه على الصحيح من المنع وهو قولنا كثر شيو خنا وقد قلنا القاضى
 أبو الفرج من أصحابنا أن الإباحة أمر فعلى هذا يجوز أن يريد به الإباحة الاستعمال لما بعد الباع
 والأول أظهر لأن الأمر بالفعل اقتضاه ومنع من تركه على وجه هو أمر به أو الإباحة لفعل فاتها
 تحقيق العمل بمشيئة المأذون فيه والله أعلم

* وحديثى عن مالك عن
 زيد بن عبد الله بن قسيط
 عن محمد بن عبد الرحمن
 ابن ثوبان عن أمه عن
 عائشة زوج النبي صلى
 الله عليه وسلم أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم
 أمر أن يستمتع بجلود
 الميتة إذا دبغت

(فصل) وقوله أن يستمتع بها يحفل الاستعمال المعهود من مثلها ويحتمل أن يريد استعمالها عاما والظاهر من لفظ الاستمتاع أنه ليس بتملك محض وإنما هو انتفاع إلى وقت أو على وجه مخصوص
(فصل) وقوله إذا دبغت شرط في إباحة الاستمتاع وينع ذلك الاستمتاع بها قبل الدبغ عند القائلين بدليل الخطاب دون غيرهم ممن لا يقول به وقد تقدم من قول أصحابنا في منع الانتفاع بها قبل الدبغ والله أعلم

﴿ ما جاء فيمن يضطر إلى أكل الميتة ﴾

ص ﴿ مالك أن أحسن ما سمع في الرجل المضطر إلى الميتة أنه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها فان وجد عنها غنى طرحها ﴾ ش وهذا كما قال وذلك أن الله تعالى حرم الميتة فلا يجوز أكل لحمها وهذا اللفظ إذا أطلق في الشرع فإما ينطلق على غير المذكي وإن كان المذكي ميتا فلا يجوز أكل الميتة لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والمعنى والله أعلم حرم عليكم أكلها وهذا مع الاختيار والسعة وأما مع الاضطرار فن اضطر إلى أكل الميتة جاز أن يأكل منها والاصل في ذلك قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا إلى قوله غفور رحيم وقوله تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم الآية فمن اضطر إلى أكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير جاز له ذلك ووجه ذلك الآية المذكورة

(فصل) وقوله يأكل منها حتى يشبع ويتزود يريد أن اضطر إلى أكلها واستباحتها بذلك فإنه لا يقتصر على ما يدرمقه منها بل يشبع منها الشبع التام ويتزود لأنها مباحة له كما يمنع من الطعام المباح في حال وجود الطعام لما كان مباحا له وقال ابن حبيب إنما يأكل منها ما يقيم رمقه ثم لا يأكل بعد ذلك حتى يصير من الضرورة إلى حاله الأولى وبه قال عبد العزيز بن الماجشون وابنه ووجه ذلك أن الإباحة إنما ثبت لحفظ النفس وذلك يوجد فيادون الشبع فإذا زاد لا يتناول لحفظ النفس فكان ممنوعا منه (فرع) فإذا قلنا بقول ابن الماجشون وحكاة القاضي أبو محمد محرمة عليه يومه وليته ومن تعشى فهي محرمة عليه ليلته تلك واليوم بعدها ثم بعد ذلك أن وجد بنفسه قوة مضى على ذلك وإن دخله ضعف وخاف الموت أو ما قارب به جازله أن يأكل منها ما يدرمقه نفسه وينهض في سفره وتعلق ابن حبيب في ذلك بما روى عن الأوزاعي عن حسان بن عطية عن أبي واقد الليثي أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنا نكوت بأرض تصينا فيها المخمصة فتى تحبل لنا الميتة فقل إذا لم تصطبخوا ولم تبغبقوا ولم تحتفوا بقلأشأنكم بها قال عبد الملك يعني بالاصطباح الغداة والاعتباق العشاء والاحتفاء جمع البقل وأكله وذلك يدل على أنه لا يأكل الميتة ما وجدته ليلته من تبقل أو غيره بمسك نفسه ويؤمنه الموت ص ﴿ سئل مالك عن الرجل يضطر إلى الميتة يأكل منها وهو يجلس في القوم أو زرع أو غنما بمكانه ذلك قال مالك أن ظن أن أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته حتى لا يعدسارقا فتقطع يده رأيت أن يأكل من أي ذلك وجد ما يدرمقه ولا يجعل منه شيئا وذلك أحب إلى من أن يأكل الميتة وإن هو خشى أن لا يصدقوه وإن يعدسارقا بما أصاب من ذلك فإن أكل الميتة خير له عندي وله في أكل الميتة على هذا الوجه سعة مع أني أخاف أن يعد وعاد من لم يضطر إلى الميتة يريد استجازه أخذ أموال الناس وزرعهم وثمارهم بذلك بدون اضطرار ﴾ قال مالك وهذا أحسن ما سمعت

﴿ ما جاء فيمن يضطر إلى أكل الميتة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
أن أحسن ما سمع في
الرجل يضطر إلى الميتة
أنه يأكل منها حتى يشبع
ويتزود منها فان وجد عنها
غنى طرحها * وسئل
مالك عن الرجل يضطر
إلى الميتة يأكل منها وهو
يجلس في القوم أو زرع أو
غنما بمكانه ذلك قال مالك
أن ظن أن أهل ذلك الثمر
أو الزرع أو الغنم يصدقونه
بضرورته حتى لا يعدسارقا
فتقطع يده رأيت أن
يأكل من أي ذلك وجد
ما يدرمقه ولا يجعل منه
شيئا وذلك أحب إلى من
أن يأكل الميتة وإن هو
خشى أن لا يصدقوه وإن
يعدسارقا بما أصاب من
ذلك فإن أكل الميتة خير
له عندي وله في أكل الميتة
على هذا الوجه سعة مع أني
أخاف أن يعد وعاد من
لم يضطر إلى الميتة يريد
استجازه أخذ أموال الناس
وزرعهم وثمارهم بذلك
بدون اضطرار ﴾ قال مالك
وهذا أحسن ما سمعت

ملا يمكن الوصول اليه فلا يخلوا أن يكون مما لا قطع فيه كالثمر المعلق والزرع القائم ونحوه أو يكون مما فيه القطع اذا أخذ على وجه السرقة كالمال في الحرز فان كان مما لا قطع فيه فقد قال مالك من رواية محمد عنه ان خفي ذلك فليأخذ منه وأما ان وجد ثمراً أو زرعاً أو غنماً القوم فظن أن يصدقه ولا يعدوه سارقاً فليأكل كل من ذلك أحب إلى من الميتة فشرط في المسئلة الأولى وهو في الثمر المعلق أن يخفى له ذلك لمعنيين أحدهما أن يعلم أنه لا اثم عليه في ذلك ولا شيء فيما بينه وبين الله وإنما يجب أن يحتز في ذلك من المخلوقين لنفسه فربما أودى أو ضرب ضرباً عنيفاً ان علم به ولم يعذر بما يدعيه من الضرورة وشرط في القسم الآخر أن يصدقه وهو في الثمر الذي قد آواه إلى حرزه والزرع الذي حصده أو إلى حرزه والغنم التي في حرزها وهي التي أراد في مسئلة الكتاب ولذلك قال انه ربما تقطع يده ولم يصدقه ولم يشترط أن يخفى له ذلك لان أخذه على وجه التستر به هو الذي يعاقب عليه بالقطع فانما يجب أن يأخذه معلماً ان علم أنهم يصدقونه وان لم يعلم ذلك فلا يتعرض إلى أخذه على وجه الاستسرار لان ذلك يؤدي إلى قطع يده والذي يأخذ من الثمر المعلق لا على وجه الاستسرار فذلك لا يوجب قطع يده

(فصل) وقوله فيما يجده من الثمر والزرع والغنم لغيره ان ظن أنهم يصدقونه فانه يأكل منه ما يرد جوعه ولا يعمل منه شيئاً وفرق بين أكله من هذا وبين أكله من الميتة في الميتة قال يشبع ويتزود وقال في هذا يأكل ما يرد جوعه ولا يتزود ووجه ذلك ان هذا مال لغيره فهو ممنوع منه لحق الله ولحق مالكه فليس له أن يأخذ منه الا بقدر ما يرد به ريقه وأما الميتة فليست بمال لغيره وإنما هي ممنوعة لحق الله تعالى وحقوق الله تعالى اذا استبيحت للضرورة وتجاوزت الرخصة فيها مواضع الضرورة وحقوق الآدميين لا تتجاوز مواضع الحاجة والضرورة وهذا الفرق على رواية الموطأ ورواية ابن المواز وأما على رواية ابن حبيب وهي الرواية الثانية عن مالك فلا فرق بينهما

(فصل) وقوله وذلك أحب إلى من أن يأكل الميتة يريد ان يأكل كل ما أكله من الثمر أو الزرع مباح العين وإنما هو ممنوع منه لحق الغير واذا بلغت الضرورة منه إلى استباحة الميتة فقد لزم صاحب هذا الثمر أو الزرع أن يعطيه منه ما يرد به ريقه ان لم يكن عنده ثمن أو يبيعه منه ان كان عنده ثمن فاذا أخذ بقدر ذلك فقد بلغ به حقه وكان مباحاً له من الوجهين من جهة أنه مباح في نفسه ومن جهة أنه قد لزم صاحبه تسليمه اليه وأما الميتة فليست بمباحة في نفسها فكان أكل هذا الطعام الذي هو مباح في نفسه أولى

(فصل) وقوله وان هو خشي أن لا يصدقه وأن يعدوه سارقاً فان أكل الميتة خبره له عندي يريد انه ان خاف أن يعدوه سارقاً بأخذه اياه على وجه الاستتار من الحرز فيجب عليه بذلك القطع فأكل الميتة أولى ولا يجعل له أن يتعرض لما يوجب قطع يده وأضاف ذلك إلى رأيه وفتواه اتمالاً انه لم يرفيه نضال غيره أو لانه قول اختاره من أقوال العلماء قبله

(فصل) وقوله مع اني أخاف أن يعدوا ممن لم يضطروا إلى أكل الميتة يريد استجازه أخذ أموال الناس وزرعهم وثمارهم بذلك أظهر لمنعه من ذلك على أخرى وهي أن ما يدعيه هذا من الضرورة أمر لا يعلم الا من جهته وبقوله في الأغلب ولو شرع هذا للناس لتسبب أهل الظلم والعدوان إلى أخذ أموال الناس وزرعهم وثمارهم فاذا ظهر عليهم وظفر بهم ادعوا الضرورة فوجب سد هذا الباب ووجب على هذا المضطر أن يأكل الميتة ولا يتعرض لهذا الوجه الذي لا يخلو من أن يتهم فيه ولو

صدق فيه لتسبب به غيره فهو ليس بصادق ولا يعرف كذبه كما يعرف صدق هذا الذي ادعى
الضرورة الى أكل زروع الناس وثمارهم (مسئلة) وانما خص مالك في هذه المسئلة أن يحزر
الزروع والثمار والماشية دون سائر أنواع الاموال لان هذه أو ما كان من جنسها ينتفع المضطر
بوجودها وأما ما كان من غير جنسها من الاموال كالثياب والعين فلا منفعة له فيها لانه لا يمكنه أكلها
فلا يجوز له أن يأخذ شيئاً منها سواء وجد ميتة أو لم يجدها وان كان بموضع يجده من يشترى منه الثياب
أو يبيعه طعاماً بالدنانير والدراهم لما جازله أكل الميتة ولا أخذ مال غيره بل يجب عليه أن يظهر
ضرورته ويسأل فان وهب ان لم يكن عنده ثمن أو يبيع منه ان كان عنده ثمن والاجاز له قتالهم بمنزلة
منعه الماء من كتاب ابن المواز وفي المبسوط روى ابن وهب عن مالك من خاف من السباع فجاع
فتضيف قوماً فأبوا أن يضيفوه فلا يتضيفهم الا برضاهم وليأكل الميتة وليكف عنهم وعن أموالهم الا
مالا قطع فيه يريد بأموالهم ما ليس بطعام وقد أورد ابن حبيب هذه المسئلة إيراداً حسناً فينبها
واختصرها فقال قال مالك من نزلت به محجمة خاف منها على نفسه وهو بمكان فيه مال مسلم يمكنه
الأكل منه فما كان من الثمار في رؤس النخل لا قطع فيه فليأكل منها ما يريد لنفسه ثم يكف ولا
يأكل الميتة وان كانت الثمار قد أحرزت فليأكل الميتة ولا يأكل منها الا باذن صاحبها وما كان من
الاموال من غير الثمار فانه يأكل الميتة لا يأكل منها شيئاً قال عبد الملك وهذا اذا وجد ميتة فان لم
يجدها وخاف الموت جازله أن يأكل من أى ذلك وجد من مال المسلم وان حضر صاحب المال
لفق عليه أن يأذن له في الأكل منه فان منعه فجازل للذي خاف الموت أن يقتله حتى يصل الى أكل
ما يريد به نفسه (فرع) * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أن يدعوه أو لا الى أن
يبيعه منه بثمن في ذمته ويعرفه بضرورته فان أبى لم يستطع منه فان أبى أعلمه بأنه يقتله عليه وليس له
أخذه ابتداء بغير عوض خلافاً لمن قال بذلك قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان ذمة الانسان بدل
من ماله ولو كان له مال لم يجز أن يأخذ الا بعوض فكذلك ما يعاض منه (فرع) واذا أكل
المضطر الى الميتة مال غيره فقد قال الشيخ أبو القاسم يأكل منه ويضمن وقيل لا ضمان عليه فيما
اضطر اليه وجه القول الاول انه أتلف مالا لغيره لمنفعة نفسه فكانت عليه قيمته كغير المضطر فان
اضطراره انما يتعلق بالباحة كله دون إسقاط عوضه ووجه القول الثانى انه مال جازله اتلافه من
غير اذن فلم يلزمه ضمانه أصل ذلك المباح الذى لا ملك لاحد عليه (مسئلة) ومن وجد ميتة وصيدا
وهو محرم أكل الميتة ولم يذك الصيد لان بذكاته يكون ميتة وقتله محرم حال احرامه وقال محمد بن
عبد الحكم لو نابنى ذلك لأكلت الصيد وان وجدت ميتة وخزيراً * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله
والأظهر عندى أن يأكل الميتة ويمتنع من الخنزير لانه ميتة مع انه لا يستباح بوجه ولا يجوز للمضطر
أكل لحم بنى آدم وان خاف خلافاً للشافعى والدليل على ما نقوله ان من لا يجوز له قتله لحفظ نفسه
فانه لا يجوز له أكل لحمه أصله أكل لحم ميتة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العادم للطعام المضطر
الى أكل الميتة أكثر ما يكون ذلك في السفر والقفر على ما ذكرناه وقاله ابن حبيب وأما في
الحواضر والمدن فليسأل في ذلك ولا يخلو السفر من أن يكون سفراً مباحاً أو سفراً محرماً أو سفراً
مكروهاً فأما السفر المباح فهو الذى يجوز له أن يترخص فيه بأكل الميتة وأما السفر المحرم
فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز له ذلك ففرق بينه وبين القصر والفطر في سفر المعصية
وروى زياد بن عبد الرحمن الأندلسي أن العاصي في سفره يقصر الصلاة ويفطر في رمضان

فسوى بين ذلك كله وهو قول أبي حنيفة وقال ابن حبيب ومالك لا يحل له أكل الميتة من ضرورة وبه قال الشافعي وجه القول الاول قوله تعالى ولا تقتلوا أنفسكم الآية ولأنه لا خلاف أنه لا يجوز له قتل نفسه بالامساك عن الأكل وأنه مأمور بالأكل على وجه الوجوب ومن كان في سفر معصية لا يسقط عنه الفروض الواجبة من الصوم والصلاة بل يلزمه الاتيان بها فكذلك ما ذكرناه ووجه القول الثاني ان هذه المعاني على التخفيف والعون على الاسفار المباحة الحاجة الانسان اليها فلا يباح له أن يستعين بها على المعاصي وله سبيل الى أن لا يقتل نفسه قال ابن حبيب وذلك بان يتوب ثم يتناول لحم الميتة بعد توبته وقد تعلق ابن حبيب في ذلك بقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه الآية فاشترط في استباحة الميتة للضرورة أن لا يكون باغيا والمسافر على وجه المحاربة أو قطع رحم أو طالب إثم باغ ومتعد فلم يوجد فيه شرط الإباحة والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن اضطر الى شرب الخمر لجوع أو عطش حيث يجوز له أن يترخص بأكل الميتة فهل له أن يشربها روى ابن القاسم عن مالك في العتية لا يشربها ولن يزيد إلا عطشا قال الشيخ أبو بكر في شرحه لا يشرب الخمر لأنها لا تروى من عطش ولا تغني عن جوع فبما يقال وأما ان كانت تشبع أو تروى فلا بأس أن يشربها عند الضرورة كالميتة وفي النوادر ذكر عن ابن حبيب فمن غص وخاف على نفسه أن لا يشرب الخمر وقاله أبو الفرج وروى أصبغ عن ابن القاسم يشرب المضطر الدم ولا يشرب الخمر ويأكل الميتة ولا يقرب ضوال الابل وقاله ابن وهب (مسئلة) وأما التداوى فالمشهور من المذهب أنه لا يحل ذلك وقال ابن سحنون لا بأس أن يداوى بجرحه بعظام الأنعام المذكاة ولا يداوى به بعظام ميتة أو بعظم انسان أو خنزير ولا بعظم ما لا يحل أكله من الدواب وفي العتية عن مالك في المرتك يصنع من عظام الميتة ان جعل في قرحة أو جرح فلا يصلى به حتى يغسل وقال ابن حبيب ان صلى به لم يكن ممن صلى بنجاسة النار التي أحرقتة وقد خفف ابن الماجشون أن يصلى فاذا قلنا أنه لا يجوز التداوى بها ويجوز استعمالها للضرورة فالفرق بين التداوى وبين الأكل والشرب للضرورة ما قاله وذلك ان التداوى لا يتيقن البرء به فلم يجز أن يستعمل المخطور فيه وأما الأكل والشرب للجوع والعطش فانه يتيقن البرء به فلذلك جاز استعماله وظاهر قول مالك في العتية في التداوى بالمرتك من عظام الميتة مع منعه من الصلاة يحتمل ثلاثة أوجه أحدها انها رواية عنه في التداوى بما لا يحل استعماله إلا للضرورة والوجه الثاني انه إنما أباح في ذلك ما فيه الخلاف وذلك أن ابن الماجشون جعل ذلك طاهرا وأما ما لا خلاف في نجاسته فلا يجوز ذلك فيه والوجه الثالث انه إنما وقع الخلاف في استعماله خارج البدن فجوز مالك ومنعه ابن سحنون وأما شربه فيحرم على الوجهين وقول ابن حبيب ان النار تطهر عظام الميتة خلاف المذهب لان العظم نجس العين وما نجس لعينه لم يطهر بوجهه وما تنجس بمجاورة لا يطهر الا بالماء ومارواه عن ابن الماجشون مما انفرد به عبد الملك والله أعلم وأحكم

بسم الله الرحمن الرحيم
 كتاب الأشربة
 الحد في الخمر
 * وحدثنى عن مالك عن
 ابن شهاب عن السائب
 ابن يزيد انه أخبره ان عمر
 ابن الخطاب خرج عليهم
 فقال

بسم الله الرحمن الرحيم
 كتاب الأشربة
 الحد في الخمر

ص * مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد انه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال

اني وجدت من فلان ربح شراب فزعم انه شراب الطلاء وأناسائل عما شرب فان كان يسكر جلده
فجلده عمر الحد ثامنا * ش قوله ان عمر بن الخطاب خرج عليهم يريد على المسلمين فقال اني وجدت
من فلان ربح شراب وفلان هذا يقال انه ابنه فروى معمر عن الزهري هذا الحديث فقال اني وجدت
من عبيد الله ربح شراب والأصح انه ابنه عبد الرحمن الأوسط وكان له ثلاثة بنين كلهم يسمى عبد
الرحمن أكبرهم يقال انه أدرك النبي صلى الله عليه وسلم والثاني هو أبو شحمة المجاود في الحمر
والثالث وهو أصغرهم جد عبد الرحمن بن المجر

(فصل) وقوله وجدت ربح شراب اسم الشراب ينطلق من جهة اللغة على كل مشروب مسكر
وغيره وانما وجد عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الشارب ربح شراب ولم يتميز له هل هو ربح
مسكرا أو غيره ولو تميز له انه ربح شراب مسكرا لما احتاج أن يسأل عنه ان كان مسكرا أولا وقد
اختلف الفقهاء في وجوب الحد بالرائحة فذهب مالك وجماعة أصحابه الى أن الحد يجب على من
وجد فيه ربح المسكر ومنع من ذلك أبو حنيفة والثياقي وقال لا حد عليه والدليل على ما ذهب
اليه مالك وأصحابه ما روى عن انس بن مالك أنه حضر عمر بن الخطاب وهو يجلد رجلا وجد منه
ربح شراب فجلده الحد ثامنا فوجه الدليل من ذلك أن عمر بن الخطاب حكم بهذا وكان ممن تشهر
قضاياهم وتنتشر ويتحدث بها وتنقل الى الآفاق ولم ينقل خلاف عليه فثبت انه اجاع ودليلنا من جهة
المعنى ان هذا معنى تعلم به صفة ماثرة به المكاف وجنسه فوجب أن يكون طريقا الى اثبات الحد
أصل ذلك الرؤية لما شرب به بل الرائحة أقوى في حال المشروب من الرؤية لان الرؤية لا يعلم بها
الشراب أم مسكر هو أم لا وانما يعلم ذلك برائحته اذا ثبت ذلك في هذا ثلاثة أبواب * الباب الأول فيمن
يجب استنكاهه ممن لا يجب ذلك فيه * الباب الثاني فيمن يثبت ذلك بشهادته * الباب الثالث فيما
يجب في ذلك اذا تيقنت رائحة المسكر أو أشكلت

اني وجدت من فلان ربح
شراب فزعم انه شراب
الطلاء وأناسائل عما شرب
فان كان يسكر جلده
فجلده عمر الحد ثامنا

* الباب الأول فيمن يجب استنكاهه *

وذلك بان يرى الحاكم منه تخليطا في قول أو مشى شبه السكران في الموازية من رواية أصبغ
عن ابن القاسم انه اذا رأى ذلك منه أمر باستنكاهه قال لانه قد بلغ الى الحكم فلا يسعه التحقيق فاذا
ثبت الحد أقامه (مسألة) وكذلك لو شتم منه رائحة ينكرها أو أخبره بحضرته من ينكرها منه *
قال القاضي أبو الوليد فعندى انه قد تعين عليه استنكاهه وتحقيق حاله لان هذه صفة ينكر بها حاله
فيجب اختباره وتحقق حاله كالتخليط في الكلام والمشى والله أعلم (مسألة) فان لم يظهر
منه شيء من هذه الأحوال يرد التخليط في القول والمشى لم يستنكاهه رواه أصبغ عن ابن القاسم
في العتبية والموازية قال ولا يتجسس عليه ووجه ذلك أنه لم ير ريبه ولا خروجا عن أحوال الناس
المعتادة ولا يجوز التعرض لهم من غير ريبة

* الباب الثاني فيمن يثبت ذلك بشهادته *

فأما من ثبت ذلك بشهادته فانه يحتاج الى معرفة صفته وعددهم فأما صفته فقد قال القاضي أبو
الحسن في كتابه ان صفة الشاهد في على الرائحة أن يكونا ممن خبر شربها في وقت اما في حال كفرهما
أو شربها في اسلامهما فجلدا ثم تابا حتى يكونا ممن يعرف الخمر بربحها * قال القاضي أبو الوليد وهذا
عندى فيه نظرا لأن من هذه صفته معدوم أو قليل ولو لم تثبت الرائحة الابشهادة من هذه صفته لبطلت
الشهادة فيها في الاغلب ووجه ثان وهو أنه قد يكون ممن لم يشرب قط ولكن يعرف رائحته معرفة

صحة بأن يخبره عنها المرة بعد المرة من قد شربها أنها هي رائحة الخمر حتى يعرف ذلك كما يعرفها الذي قد شربها (مسئلة) وأما العدد فلا يخلو أن يكون الحاكم أمر الشهود بالاستنكاه أو فعلوا هم ذلك ابتداءً فإن كان الحاكم أمرهم بذلك فقد روى ابن حبيب عن أصبغ أنه استحب أن يأمر شاهدين فإن لم يكن الا واحد وجب به الحد وأما ان كان الشهود فعلوا ذلك من قبل أنفسهم فلا يجزى أقل من اثنين كالشهادة على الشرب وقد روى ابن وهب عن مالك أنه ان لم يكن مع الحاكم الا واحد فلا يرفعها الى من هو فوقه ومارواه ابن حبيب عن أصبغ مبنى عندي على أن الحاكم يحكم بعلمه فلذلك جاز عنده علم من استتاب والا فقد يجب أن لا يجزى ذلك حتى يشهد عنده فيه شاهدان

﴿ الباب الثالث فيما يجب بشهادة الاستنكاه ﴾

أما شهادة الاستنكاه فلا يخلو أن يكون الشهود متيقنين للرائحة أو شاكين فإن كانوا متيقنين للرائحة فلا يخلو أن يتفقوا على أنها رائحة المسكر أو على أنها رائحة غير مسكر أو يختلفوا في ذلك فإن اتفقوا على أنها غير رائحة مسكر فلا نعلم في المذهب خلافا في ترك وجوب الحد فإن اتفقوا على أنها رائحة مسكر وجب عليه الحد وان اختلفوا فقال بعضهم هي رائحة مسكر وقال آخرون ليست برائحة مسكر فقد قال ابن حبيب اذا اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر حد ووجه ذلك أن الشهادة قد قامت وكملت باجتماع شاهدين على أنها رائحة مسكر فلا يؤثر في ذلك نفي من نفي مقتضاها كما لو شهد شاهدان رأينا يشرب خرا وقال شاهدان آخران لم يشرب خرا (مسئلة) فإن شك الشهود في الرائحة هل هي رائحة مسكر أو غير مسكر نظرت حاله فإن كان من أهل السفه نكل وان كان من أهل العدل خلى سبيله حكاه ابن القاسم في العتية والموازية عن مالك ووجه ذلك أن من عرف بالسفه والشرب والتخليط وخيف أن يكون ما شك فيه محارم عليه وجب أن يزجر عن التشبه بذلك لئلا يتطرق بذلك الى اظهار معصية وأما من كان من أهل العدل فتبعد عنه الريبة (فرع) اذا ثبت ذلك فإن الحديث يعلق بما يقع به الفطر من جواز الشرب الفم الى الخلق

(فصل) وقوله فرعم انه شرب الطلاء دليل على أن عمر بن الخطاب لم يتيقن ذلك ولا تحقق هل هو ريج مسكر أو غيره ويحتمل أن يكون لم يعرف الطلاء فأراد أن يسأل عنه ولم يعول على اقراره أنه لم يشرب غير ذلك ويحتمل أن يكون عرف الطلاء ولم يعرف صدقه في كونه طلاء لا يسكر فأراد أن يسأل عنه ويتوصل الى معرفة ذلك اما باستنكاهه أو بالنظر الى بقيته وشمه ان كانت بقيت منه بقية (فصل) وقوله فان كان يسكر جلده ظاهر في أن ما يسكر عندهم يجب به عندهم الحد وان لم يبلغ الشارب حد السكر ولو بلغ حد السكر لم يحتج الى السؤال عن الشارب لأنه انما ذكر الجنس ولم يذكر المقدار ولو اعتبر ذلك بالمقدار لقال انه شرب يسيرا من الطلاء وأناسائل عن ذلك المقدار ولما لم يقل ذلك وعلق حكم الحد على الجنس علم أنه اعتبر به دون غيره

(فصل) وقوله فجعله عمر بن الخطاب الحد لما يريده أنه جلده جلدا الخمر ولم يعزره على ما قاله بعض العلماء انه يعزر ويعاقب وينكل اذا أشكل أمره وتعلقت التهمة به ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الدبلي أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى أو كما قال فجعله عمر بن الخطاب في الخمر ثمانين ﴾ ش قوله أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل وجواب على يدل على أنه انما استشار في قدر الحد وانما كان ذلك لأن الاصح أنه لم يتقرر في زمن النبي صلى الله

* وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الدبلي أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى أو كما قال فجعله عمر في الخمر ثمانين .

عليه وسلم بمعنى أنه لم يحذفه حد بقول يعلم لا يزداد - ليه ولا ينقص عنه وإنما كان يضرب مقدار أقدرته الصحابة واختلفوا في تقديره يدل على ذلك ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال ما من رجل أقت عليه حدا فأتى فجد في نفسه منه شيئا إلا شرب الخمر فإنه ان مات فيه وديته لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبينه ومعنى ذلك أنه لم يحذفه بقول يحصره ويمنع الزيادة فيه والنقص منه فحذوه باجتهادهم وروى أنس أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فجعله بجر يدتين نحو من أربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر وقد تقدم من قول علي بن أبي طالب أنه قال إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فقاسه على المفترى واستدل أن ذلك حكمه وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة أن حد شارب الخمر ثمانون وقال الشافعي أربعون والدليل على ما نقوله ما روى من الأحاديث الدالة على أنه لم يكن من النبي صلى الله عليه وسلم نص في ذلك على تحديد وكان الناس على ذلك ثم وقع الاجتهاد في ذلك في زمن عمر بن الخطاب ولم يوجد عند أحد منهم نص على تحديد وذلك من أقوى الدليل على عدم النص فيه لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه ويذهب على الأمة لأن ذلك كان يكون إجماعا منهم على الخطأ ولا يجوز ذلك على الأمة ثم أجمعوا واتفقوا أن الحد ثمانون وحكم بذلك على ملائمتهم ولم يعلم لاحد فيه مخالفة فثبت أنه إجماع ودليلنا من جهة القياس أن هذا حد في معصية فلم يكن أقل من ثمانين كحد الفرية والزنى

(فصل) وقوله فجعله عمر في الخمر ثمانين يريد والله أعلم أن جميعها حد وهو المفهوم من قولهم جلد في الزنى مائة وفي الفرية ثمانين وقال بعض أصحاب الشافعي أنه إنما جلد الأربعين تعزيرا والجواب أن الظاهر ما ذكرناه فلا يعدل عنه إلا بدليل وجواب ثان وهو أن ما ورد جواب على رضي الله عنه على سؤال عمر فيما يجب عليه من الحد فأجاب به ثمانين وقاسه على حد الفرية وذلك يقتضي أنها حد كلها وقال له عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أخف الحدود ثمانون فأخذ عمر بقولها وهذا يقتضي أنه ضرب الثمانين كلها حدا وقد روى ابن المواز أن عمر بن الخطاب جلد قدامة في الخمر ثمانين وزاده ثلاثين وقال له هذا تأويل لكتاب الله على غير تأويله وفي ذلك خمسة أبواب * الباب الأول في صفة الشهادة التي يثبت بها الحد * والباب الثاني في صفة الضرب وصفة ما يضرب به * والباب الثالث فيما يضاف إلى الحد * والباب الرابع في تكرار الحد * والباب الخامس فيما يسقط الحد

﴿ الباب الأول في صفة الشهادة ﴾

أما الشهادة التي يثبت بها الحد فهو أن يشهد شاهدان أنه شرب المسكر أما بما عينته ذلك أو باقراره به على نفسه أو بشم رائحته ذلك منه على ما تقدم ولو شهد أنه قاء خرا لوجب عليه الحد لأنه لا يقيها حتى يشربها وقد روى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (مسئلة) فإن شهد شاهدان أنه شرب خرا وشهد آخر أنه شرب مسكرا جلد الحد رواه أضيف عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أنهما قد شهدا أنه شرب مسكرا لأن اسم الخمر لا يقع إلا على مسكر وعندنا أن كل مسكر حرام فإذا شهد أحدهما على أنه شرب خرا وشهد آخر على أنه شرب مسكرا فقد اتفقا على أنه شرب خرا وعلى أنه شرب مسكرا لأن كل خمر مسكر وكل مسكر خمر فقد اتفقا في المعنى فلا اعتبار بخلاف الألفاظ

﴿ الباب الثاني في صفة الضرب وما يضرب به ﴾

روى ابن المواز أنه لا يتولى ضرب الحد قوی ولا ضعيف ولكن رجل وسط من الرجال وروى عن

مالك انه يضرب ضربا بين اثنين ليس بالخفيف ولا الموضع وقال مالك كنت أسمع انه يختاره العدل وروى ابن المواز انه يضرب على الظهر والكتفين دون سائر الأعضاء ويكون المحدود قاعدا لا يربط ولا يمد وتعمل له يداه قاله مالك في العتية ويجرد الرجل للضرب ويترك على المرأة ما يستر جسدها ولا يقبها الضرب (مسئلة) ويضرب بسوط بين سوطين ولا يقام حد الخمر الا بالسوط قال أبو زيد عن ابن القاسم فان ضرب بالدرية على ظهره أجزاء وما هو بالبين وجه القول الأول انه حد فلا يقام الا بالسوط أصل ذلك حد الزنا ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بالجريد والنعال

﴿ الباب الثالث فيما يضاف الى الحد ﴾

هل يضاف اليه خلق الرأس أم لا روى أشهب عن مالك في العتية لا يحلق رجل ولا امرأة في الخمر ولا القذف لأن خلق الرأس تمثيل وزيادة على الحد من غير جنسه فلم يلزم ذلك كما لا يلزم خلق لحية ولا غير ذلك من وجوه التمثيل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابه تبعه قد حدوا في الخمر والفرية ولم يرو عن أحد منهم انه مثل بالمحدود (مسئلة) وحل يطاف بشارب الخمر قال ابن حبيب لا يطاف به ولا يسجن الا المدمن المعتاد المشهور بالفسق فلا بأس أن يطاف به ويفضح ومثل ذلك روى أشهب عن مالك في العتية ووجه ذلك انه اذا بلغ هذا الحد من الفسق والفجور فواجب أن يفضح لأن في ذلك ردع له واذلال له فيما هو فيه واعلاما للناس بحاله فلا يغتر به أحد من أهل الفضل والتعاون في نكاح ولا غيره وأما السجن فقد قال ابن حبيب واستحب مالك المدمن الخمر المشهور بالفسق أن يلزم السجن وقال ابن الماجشون في العتية من أقيم عليه حد الخمر أو غيره من الحدود ما كان فليخل سبيله ولا يسجن وجه قول مالك ان في الزامه السجن منعه مما لم ينته عنه بالحد وكفالاذا من الناس لأن في اعلانه بالمعاصي أذى للناس وأهل الدين والفضل ووجه قول ابن الماجشون ان الحد في جميع ما يجب عليه بشرب الخمر أو الزنا فاما السجن فلا يجب ذلك عليه بفعله وانما يجب عليه بآدمان أو غيره من الاعلان بالفسق والله أعلم

﴿ الباب الرابع في تكرار الحد ﴾

نماذا تكرر من الرجل شرب الخمر لزمه حد واحد فان شرب به بعد ذلك لزمه حد آخر قاله مالك وأصحابه ولا نعلم في ذلك خلافا بينهم وذلك أن هذا حكم سائر الحدود وحقوق الله تعالى فانه من زنى مرارا فانما يقام عليه حد واحد ثم ان زنى بعد ذلك أقيم عليه الحد لان الحد زجر عما تقدم من فعله قل ذلك أو كثر نمتنع عن مثله في المستقبل لان الحدود موانع عن معاصي الله تعالى فاذا أقيم عليه ذلك ثم أوقعها بعد الحد لزم أن يقام عليه الحد ثانية سواء واقع بعد الحد مرة أو مرارا لانه يحتاج من الزجر على ما أتى منه بعد الحد الى مثل ما احتاج اليه منه فيما أتاه قبل الحد (مسئلة) اذا ثبت ان الحدود التي سبها من جنس واحد تتداخل كحد الخمر وحد الزنا وحد القذف فان كان الحدان بسببهما من جنس مثل حد الخمر وحد القذف أو حد القذف أو حد الزنى فلا يخلو أن يكون عدد الحدين سواء أو مختلفا فان تساويا كحد الخمر وحد القذف فانهما يتداخلان قاله مالك قال ابن القاسم وسواء اجتمعا أو افترقا ووجه ذلك انهما حدان عدد هما وجنسهما واحد فوجب أن يتداخل كما لو كان سببهما واحدا وأما اذا كان عدد هما مختلفا فهل أن يزنى ويقذف فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابن الماجشون يجرى أكثرهما عن أقلهما وقال ابن القاسم لا يجرى أحدهما عن الآخر ولا بد من اقامتهما وجه قول ابن الماجشون

أن هذين حدان من جنس واحد فوجب أن يتداخلا أصل ذلك إذا كان عدد هما واحدا ووجه قول ابن القاسم أن هذين حدان يختلف عددهما فلا يتداخلا كما لو كانا من جنسين مختلفين

﴿ الباب الخامس فيما يسقط الحد عن شارب الخمر ﴾

وذلك كالأعجمي الذي دخل في الاسلام ولم يعلم تحريم الخمر فلا عذر له في ذلك ويقام عليه الحد رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه إلا ابن وهب فإن أبازيد روى عنه أنه إذا كان البدوي الذي لم يقرأ الكتاب ولم يعلمه ويجهل مثل هذا فإنه لا يحصى عذر قال ابن المواز واحتج مالك لذلك بأن الاسلام قد فشا ولا أحدي جهل شيئا من الحدود (مسئلة) ومن تأول في المسكر من غير الخمر أنه حلال فلا عذر له في ذلك وعليه الحد رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه ولعل هذا انما هو فمين ليس من أهل الاجتهاد وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم فالصواب أنه لا حد عليه إلا أن يسكر منه وقد جالس مالك سفیان الثوري وغيره من الأئمة ممن كان يرى شرب النبيذ مباحا أقام على أحد منهم الحد ولادعا اليه مع اقرارهم بشربه وتظاهروا به ومناظرتهم فيه وقدر روى عن مالك أنه قال ما ورد علينا مشرق مثل سفیان الثوري أمانه آخر ما فارقتني على أن لا يشرب النبيذ وهذا يقتضي أنه لم يفارقه قبل ذلك على هذا ولكنه لما تكررت مناظرته له فيه وتبين له وجه الصواب فيما قاله مالك اعتقد أنه لا يعاود شربه (مسئلة) ومن شرب الخمر ثم تاب لم تسقط عنه توبته الحد وروى عن الشافعي أن توبته تسقط عنه الحد ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني أن عليه نصف حد الخمر في الخمر وإن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف حد الخمر في الخمر ﴾ ش قوله أن على العبد نصف حد الخمر في الخمر يريد أن يعين جلدته لأنه حد منتهاه الثمانون كحد الحرية لأن الحر يجلد في القذف ثمانين ويجلد أربعين فكذلك من شرب الخمر (فصل) وقوله وإن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف جلد الخمر في الخمر وعمر بن الخطاب أمير المؤمنين وكذلك عثمان ويحتمل أن يكونا أقاما الحد على عبيدهما في أمارتهما فيكون لهما ذلك بحق الإمامة وأما عبد الله بن عمر فلم يقيم الحد على عبيده إلا بملكه لهم وفي ذلك بابان ﴿ الأول منهما في صفة من يقيم الحد ﴾ والثاني في صفة من يقيم عليه

(الباب الأول في صفة من يقيم الحد)

يقيم عليه على الأحرار السلطان قال محمد بن عبد الحكم وأحب إلى أن يضرب الحدود بين يدي القاضي لئلا يتعدى فيها وهذا في الحر وأما العبد فلا بأس أن يقيم عليه سيده الحد إذا كان الحد جلدًا قاله مالك وأصحابه وكذلك في حد الخمر إذا شهد عليه شاهدان غير سيده وسواء كان السيد ذكرا أو أنثى وهذا إذا كان العبد ذكرا فاما أن كانت أمة جاز للسيد أن يقيم عليها الحد إذا لم يكن لها زوج أو كان زوجها عبيده فإن كان زوجها غير عبيده غنق قال مالك ليس للسيد إقامة الحد عليها وإنما ذلك لحرمة الزوج قال وعسى أن يعتق ولده منها فيقتلوا بها

(الباب الثاني في صفة المحدود)

قد تقدم أنه إن كان حر أخذه ثمانون وإن كان عبداً فخمسة أربعون لأن هذا حد يجلد فيه الحر أربعين كحد القذف (مسئلة) فإن كان شارب الخمر سكرانا فقد قال ابن القاسم لا يضرب وهو سكران وإن كان خشي أن يأتيه فيه شقاعة تبطل حق الله فليضربه في حال سكره ووجه ذلك أن الحد للردع والزجر والسكران لا يذكر ما يجرى عليه فلا يكون له فيه ردع (مسئلة) فإن كان

﴿ وحديثي عن مالك عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني أن عليه نصف حد الخمر في الخمر وأن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف حد الخمر في الخمر ﴾

جميعها مجل جلده وان كان مريضاً أخر حتى يفيق وكذلك المرأة تدعى انها حامل قال مالك لا يعجل عليها حتى يتبين أمرها فان تبين ان ليس لها حمل أقيم عليها الحد وان تبين ان بها حمل أخرت حتى تضع واستؤجر لولدها من يرضعه ان كان له مال وأقيم عليها الحد في زنا أو سرقة أو قذف أو شرب خمر أو قضاص ووجه ذلك ان هذه معان يرجى قربز والها وبرؤءا منها وأما الكبر والهزم أو الضعف عن حمل الحد قال مالك يجلد ولا يؤخر اذ ليس لا فاقتهم وقت يؤخرون اليه ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ما من شيء الا يحب الله أن يعفى عنه ما لم يكن حداً * ش قوله ما من شيء الا يحب الله أن يعفى عنه ما لم يكن حداً يحتمل معنيين أحدهما أن يريد ان الحدود اذا بلغت الامام أو من يقوم مقامه من شرطه فانه لا يجوز زللا امام العفو عنه ولا الستر له * والوجه الثاني ان يريد بذلك ان من الحدود ما لا يجوز زل صاحبها العفو عنها بعد بلوغها الامام كحد القذف فقد اختلف قول مالك في ذلك وسيأتي في كتاب حد القذف مبينا ان شاء الله تعالى ص * قال مالك السنة عندنا ان كل من شرب شرابا مسكرا فسكر أو لم يسكر فقد وجب عليه الحد * ش وهذا كما قال ان من شرب مسكرا أي نوع كان من الأنواع المسكرة من عنب كانت أو من غير عنب مطبوخا كان أو غير مطبوخ قليلا شرب منه أو كثيرا فقد وجب عليه الحد سكر أو لم يسكر هذا مذهب أهل المدينة مالك وغيره وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ما خرج من النخل والكرم فقليله وكثيره حرام ما لم يطبخ وطبخه ان يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه وما عدا ما يخرج من النخل والكرم فهو جلال من غير طبخ الا ان المسكر منه محرم وهذه المسئلة قد كاد أصحاب أبي حنيفة يحدونها ولا يرون المناظرة فيها ويقولون ان السائل عنها انما يذهب الى التشنيع والتوبيخ وذلك انهم لطول الأمد ووصول الأدلة اليهم وتكررها عليهم تبين لهم ما فيها الا انهم مع ذلك يدونونها في كتبهم بألفاظ ليس فيها ذلك التصريح ويتأولونها على أوجه تخفف أمرها عندهم ولنا في هذه المسئلة طريقتان أحدهما اثبات اسم الخمر لكل مسكر والثاني اثبات تحريم كل شراب مسكر * فاما الأول فان مذهب مالك والشافعي ان اسم الخمر يقع على كل شراب مسكر من عنب كان أو من غيره وقال أبو حنيفة انما الخمر اسم المسكر من عصير العنب ما لم يطبخ الطبخ المذكور والدليل على ما نقوله ما روى عن ابن عمر انه قال خطب عمر على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نزل تحريم الخمر وهي من خمسة أشياء العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل والخمر ما خامر العقل فوجه الدليل من هذا الخبر ان عمر ابن الخطاب قال ان الخمر يكون من هذه الخمسة الأشياء وعمر بن الخطاب من أهل اللسان فلو انفرد بهذا القول لاحج بقوله فكيف وقد خطب بذلك بحضرة قريش والعرب والعجم وسائر المسلمين فلم ينكر ذلك عليه فثبت انه اجماع ووجه آخر هو انه قال والخمر ما خامر العقل فانه يسمى الخمر وانها بذلك تسمى خمر * والدليل على ان كل مسكر محرم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام الى قوله فهل أنتم منتهون فلنا من الآية أدلة انه تعالى قال انه رجس من عمل الشيطان وهذه صفة المحرم * والثاني انه تعالى قال فاجتنبوه فأمر باجتناب ذلك والأمر يقتضي الوجوب ووجه ثالث انه وعد على ذلك بالفلاح وهو البقاء ولو كان الفلاح وهو البقاء في الخمر من ثواب من لا يجتنبها لما كان لهذا الوعيد وجه ووجه رابع انه وصفها تعالى بأنها توقع بين المؤمنين العداوة والبغضاء وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهذه صفة المحرمات ووجه خامس انه تعالى توعده على موافعها بقوله تعالى فهل أنتم منتهون وهذا غاية الوعيد ولا يتوعد الا على محذور محرم ودليلنا

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ما من شيء الا يحب الله أن يعفى عنه ما لم يكن حداً قال يحيى قال مالك والسنة عندنا ان كل من شرب شرابا مسكرا فسكر أو لم يسكر فقد وجب عليه الحد

من جهة السنة ما روى داود عن أبي الفرات عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أسكر كثيره فقليله حرام ودليلنا من جهة القياس ان هذا شراب فيه شدة مطربة فوجب أن يكون قليله حراماً أصله عصير العنب والله أعلم

﴿ ما ينهى أن ينبذ فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس في بعض مغازيه فقال عبد الله بن عمر فأقبلت نحوه فأنصرف قبل أن أبلغه فسألت ماذا قال فقليل نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت ﴾ مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت ﴿ ش قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في بعض المغازي على حسب ما كان يفعل من القاء الاحكام اليهم وتعليم ما يجب عليهم في المغازي وعلى حسب ما يرى من الحاجة الى ذلك وقول عبد الله فأقبلت نحوه يريدانه أقبل اليه لسمع ما يخطب به ويتعلم ما يعلمه وما يأمر به وينهى عنه وعلى حسب ذلك كانت الصحابة رضي الله عنهم تفعل حرصاً على الاقتباس منه والاختذ عنه ومسارعة الى امتثال أوامره واجتناب نواهيه (فصل) وقوله فأنصرف النبي صلى الله عليه وسلم يريد عن خطبته قبل أن يبلغه عبد الله بن عمر فسأل عبد الله بن عمر من حضر خطبته أو من علم ما خطب به ماذا قال لثلاية وثه علم ذلك حين فاته حضوره فقليل له انه نهى صلى الله عليه وسلم عن أن ينبذ في الدباء والمزفت ولم يحتج عبد الله بن عمر أن يذكر من أخبره بذلك لما ند علم ان مثله لا يأخذ الا عن يثق به على نقل الدين اليه مع انه لا خلاف في عدالة جميع الصحابة ولا خلاف في جواز الاختذ براسيلها وكذلك يجب أن يكون من علم من حله من الأئمة أنه لا يرسل الا عن يثق بمحدثه

(فصل) ونهى صلى الله عليه وسلم عن أن ينبذ في الدباء والمزفت وهو القرع والمزفت وهو ما طلى بالزفت وهو القار قال ابن حبيب قال أهل العلم انما نهى عنه لثلاية جعل تغيير ما ينبذ فيها قال ابن حبيب فأخذ مالك بكراهية نبيذ الدباء والمزفت قال ابن حبيب والتخليل أحب الي فيها وبه أقول وجه رواية المنع منع الفعل وهو الانتباز ونهى صلى الله عليه وسلم أن ينبذ في الدباء والمزفت والنهي يقتضي التحريم أو الكراهية ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى يعجل شدة النبيذ ويغيره فوجب أن يكون ممنوعاً كالخليطين ووجه ما ذهب اليه ابن حبيب ما زعم انه منسوخ وتعلق في ذلك بما روى عن بريدة الاسلمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كنت نهيتكم عن النبيذ الا في سقاء فاشربوا واتقوا كل مسكرو ومن جهة المعنى انه شراب ليست فيه شدة مطربة فوجب أن يكون مباح الانتباز أصل ذلك افراده وانتبازه في السقاء (فرع) فاذا قلنا بالمنع من الانتباز فيها فن اجترأ على ذلك جاز أن يشرب النبيذ ما لم يسكر كتحليل الخمر من اجترأ عليها وخلصها لم يحرم عليه شربها (مسئلة) وهذا اذا كان المزفت انا غير الزقاق وأما الزقاق فقد روى أشهب عن مالك اباحة الانتباز في الزقاق المزفت والفرق بين الزقاق وبين غيره من الظروف التي يجوز الانتباز فيها من غير تزفيت انه اذا زفت الجميع ليس بين والانه لا يظهر أن يمنع المزفت وذلك كله زقاقا وغيره لان النهي ورد عاماً عن المزفت ولم يخص زقاقاً من غيرها (مسئلة) وأما الجرار فقد روى أشهب عن مالك انه أجاز نبيذ الجرار ﴿ قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن ير يد الجرار العارية من الختم وقد روى عن عبد الله بن

﴿ ما ينهى أن ينبذ فيه ﴾
 ﴿ حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم خطب الناس
 في بعض مغازيه فقال
 عبد الله بن عمر فأقبلت
 نحوه فأنصرف قبل أن
 أبلغه فسألت ماذا قال فقليل
 نهى أن ينبذ في الدباء
 والمزفت ﴾ وحدثني عن
 مالك عن العلاء بن عبد
 الرحمن بن يعقوب عن
 أبيه عن أبي هريرة أن
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم نهى أن ينبذ في الدباء
 والمزفت

مسعود بن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في نبيذ الجرار ومن جهة المعنى ان معنى نبيذ لا يعجل
 الشدة المطربة فلم يمنع الانتباز كالاسقية وما روى عن ابن عمر بن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن نبيذ
 الجرار فلهذا أن يريد الذي طلى بالحنتم أو المزفت والله أعلم (مسئلة) وأما الحنتم فقد روى ابن حبيب
 عن مالك أنه أرخص فيه وقد روى القاضي أبو محمد المنع منه على التحريم * قال القاضي أبو الوليد
 وعندى ان المنع منه كالتنع من المزفت لانه يحدث من اسراع الشدة ما يحدث المزفت والاصل في
 ذلك ما روى عن عبد الله بن عباس ان وفد عبد القيس أتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا انا نأتيك
 من شقة بعيدة وبيننا وبينك هذا الحى من كفار مضر ولا نستطيع أن نأتيك الا في شهر حرام فرنا
 بأمر نخبه به من وراءنا ندخل به الجنة فأمرهم بأربع ونهاهم عن أربع أمرهم بالايمان بالله وحده
 هل تدرون ما الايمان بالله وحده شهادة أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم واقام
 الصلاة وآتاه الزكاة وصوم رمضان وتعطوا الخس من المغنم ونهاهم عن الدب والحنتم والمزفت وربما
 قال الراوى النقيب وربما قال المقير قال صلى الله عليه وسلم احفظوها وأخبروا بها من وراءكم قال ابن
 حبيب والحنتم الجرح وهو كل ما كان من فخار بيض أو أخضر وهذا الذى قاله ابن حبيب يحتاج الى
 تأمل لانه ليس كل فخار حنتم وإنما الحنتم ما طلى من الفخار بالحنتم المعمول من الزجاج وغيره وهو
 يعجل الشدة في الشراب وأما الفخار الذى لم يطل فلا وحكمه حكم الحجر (مسئلة) وأما النقيب فهو
 العود المنقور وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه كرهه وهو عنده كالمزفت وجه الرواية الأولى انه
 لا يبلغ من التعجيل مبلغ الدباء والمزفت وقد ورد الحديث وكنت نهيتكم عن الانتباز في الاوعية
 فانتبذوا فيها ووجه الرواية الثانية ان هذا ظرف يعجل تغيير ما يندبه فوجب أن يمنع الانتباز فيه
 كالدياء والمزفت والله أعلم

✽ ما يكره أن يندب جميعا ✽

ص ✽ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يندب
 البسر والرطب جميعا والتمر والزبيب جميعا ✽ ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
 يندب البسر والرطب جميعا والتمر والزبيب جميعا يقتضى المنع من ذلك على وجه التحريم قال القاضي
 أبو محمد ما إذا بلغ حد المسكر فلا خلاف عنده في تحريمه وأما ما لم يسكر فهو ممنوع منه واختلف
 أصحابنا في تأويل منع مالك منه فقال قوم هو منع تحريم وقال قوم منع كراهية ووجه التحريم أنه
 نهى صلى الله عليه وسلم أن يندب البسر والرطب جميعا والنهى يقتضى التحريم ومن جهة المعنى انه
 معنى يعجل أحداث الشدة المطربة في الشراب فوجب أن يكون محرما ولم يبلغ ذلك أصله الانتباز
 في الحنتم والمزفت ووجه القول بمنع التحريم قوله صلى الله عليه وسلم وكنت نهيتكم عن الانتباز في
 الاوعية فانتبذوا وكل مسكر حرام ومن جهة المعنى ان هذا شراب لم يحدث فيه شدة مطربة
 فلم يحرم بها أصل ذلك اذا أفرد أحدهما بالانتباز وأما الانتباز في الحنتم والمزفت فقد تقدم ذكر
 الخلاف فيها ✽ قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندى أن يكون القولان جاريين في كل ما يعجل
 حدوث الشدة المطربة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البسر ما قد أزهى من التمر ولم يند فيه الرطب
 والزبيب ما قد جاوز حد البسر الى الرطب واذا منع من جمع ما يندب البسر في حكم جميعها فوجب
 أن لا يجوز انتبازه

✽ ما يكره أن يندب جميعا ✽
 وحدثنى يحيى عن مالك
 عن زيد بن أسلم عن عطاء
 ابن يسار أن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم نهى أن
 يندب البسر والرطب جميعا
 والتمر والزبيب جميعا

(فصل) وقوله نهى أن ينبذ البسر والرطب دليل على المنع من أن ينبذ شيئا وان كانا من جنس واحد ينبذان مفردين قال ابن حبيب لا يجوز شرب الخليطين ينبذان كذلك أو يخلطان عند الشرب كانا من جنس واحد مثل عنب وزبيب أو من جنسين مثل زبيب وتمر فقد نهى عنه مالك إلا الفقاع فقد حكى ابن حبيب عن أصبغ أنه يستحب تحليته بالعسل فإنه يجب أن يكون ممنوعا لأن كل واحد منهما مما ينبذ مفردا لأن الفقاع من القمح أو الشعير وكل واحد منهما ينبذ مفردا فالقياس أن يمنع الجمع بينهما غير أن قول مالك قد اختلف في العسل تطرح فيه قطع العجين أو الحريرة وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه كرهه قال ابن القاسم وقد قال لأبأس به وهو أحب إلى وجه القول الأول أنهما خليطان جنس كل واحد منهما ينتهى إلى السكر فلم تجز ذلك فيهما كما لو خلطه بنبذ تمر وزبيب ووجه القول الثانى وهو أن طرح قطع العجين تطرح في العسل أن ذلك ليس من باب الانتباز لأن القمح والشعير لا ينبذ على هذا الوجه وأما خلط العسل واللبن وشربه ما فلا بأس به قاله ابن القاسم في العتية ووجه ذلك أن هذا ليس بانتباز وإنما هو على معنى خلطه مشروبا بين كشراب الورد وكشراب النيلوفر ووجه ثان أن اللبن لا يفضى أن يسكر وقد شرطنا أن الخليطين إنما هما مما يفضى كل واحد منهما إلى الاسكار (مسألة) وهل يجوز خلطهما لغير الانتباز لكن على وجه التخليل روى ابن عبد الحكم عن مالك أنه قال لا خير في ذلك للخل والتخليل والانتباز في ذلك سواء قال وقد قال لأبأس بذلك للخل وجه الرواية الأولى ما قاله الشيخ أبو بكر التعلق بموم نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن نبذ الخليطين فلا يجوز ذلك للخل ولا لغيره ولأنه يصير نبذاً ثم يصير خلا ولم يوجه الرواية الثانية ووجهها عندي أنه لا يقصد بذلك النبذ وإنما يقصد به الخل وقد قال أنه لا بد أن يكون نبذاً ثم يكون بعد ذلك خلا فلا يضره ما يعجله لأن تعجيله للنبيذ يعجله للخل وإنما يفسده الشرب فإذا صار نبذاً فسد عليه ولزمه أراقته (مسألة) إذا ثبت ذلك فمن نبذ الخليطين فقد أساء فإن حدثت الشدة المطربة حرم وإن لم تحدث فقد قال القاضي أبو محمد يجوز شربه ما لم يسكر ولم يذ كر غير هذا الوجه فاقضى هذا مع ما تقدم من قوله في الانتباز أن في تحريم الانتباز قولاً واحداً وإن شرب ما قد نبذ من ذلك ولم يبلغ أن يسكر مباح قولاً واحداً ص **✽** مالك عن الثقة عنده عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عبد الرحمن بن الحباب الأنصارى عن أبي قتادة الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً **✽** قال مالك وهو الأمر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا أنه يكره ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه **✽** ش قوله نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً على ما قدمناه من أن يجمع نبذاهما أو يجمعهما في الانتباز فتناول ذلك ما كانا مختلطتين عنده للشرب فإذا نبذاً مفترقين ثم خلطاه عند الشرب فقد تناولهما النهى وقد قدمنا ذلك وإنما قال يشرب التمر والزبيب لعلم المخاطب أنه إنما أراد أن يشرب على الوجه الذى يمكن ذلك فيهما وهو بعد الانتباز كما يقال فلان يأكل الحنطة وفلان يأكل الشعير ومعناه على الوجه المعتاد بعد الطحن والعجن والخبز وفلان يأكل الانعام ومعنى ذلك على الوجه المعتاد فيهما من الذبح والطبخ

(فصل) وقوله أن يشرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً جمع في ذلك فى النهى بين التمر والزبيب وهما جنسان وعن الجمع بين الزهو والرطب وهما من جنس واحد ثبت بذلك المنع من انتباز شيتين يفضى كل واحد منهما إذا أفرد بالانتباز إلى الاسكار وجمعهما تعجيل لذلك سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين (مسألة) وهذا إذا خلط للانتباز أو خلط النبيذان وقد قال ابن

✽ وحدثنى عن مالك عن الثقة عنده عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عبد الرحمن بن الحباب الأنصارى عن أبي قتادة الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً **✽** قال مالك وهو الأمر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا أنه يكره ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه

جيب لا بأس بالمرى الذى يعمل من العصير ولا بأس بمطبخ من العصير أو ربب به من سفرجل وغيره اذا كان يوم عمل به ذلك حلالا ووجه ذلك ان هذا لم يقصد به الانتباز وان كان كل واحد منهم ينتهى الى الاسكار اذا انتبذ لان العصير استعمل مع السفرجل والتفاح على غير وجه الانتباز بل على وجه الاعتقاد لمنفعته ورفع الفساد عنه وكذلك المرى يعمل من العصير فان تلك الصناعة ليست على وجه الانتباز وانما يقصد بها وجهان من المنفعة والمطاعم المعلومة فان أفضى ذلك الى أن يصير له حكم النيذ في أثناء ذلك لم يمنع الوصول الى المقصود منه كالحل * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى على رواية اباحة تحليل الجنسين وأما على رواية المنع من ذلك فانه أيضا يجوز أن يقال فى هذا انه مباح لانه ليس فى تحليل الجنسين والجمع بينهما غرض مقصود مباح فلذلك منع منه وفى المرى غرض مباح مقصود فلذلك لم يمنع منه والله أعلم

﴿ تحريم الخمر ﴾

ص * مالك عن ابن شهاب عن أبي سامة بن عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع فقال كل شراب أسكر فهو حرام * ش قوله رضى الله عنهما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع على حسب ما كانوا يستعملونه ويسألونه عما يشكون من تحريم حرام أو تحليل حلال أو وجوب واجب أو غير ذلك فسألوه عن البتع وهو شراب العسل وذلك انه نزل تحريم الخمر وعلموا تحريمها بنص الكتاب فسألوا عما يقع عليه هذا الاسم ليعلموا أن الذى ورد من ذلك محمول على عمومه أو مخصوص ببعض ما يتناوله اللفظ فان قيل لو كان اسم الخمر يقع على البتع وغيره من الاثربة لما سألت العرب اذ سمعت تحريم الخمر عن البتع لان البتع هو الخمر فالجواب عنه من وجهين أحدهما لانه يحتمل أن يسأل عن ذلك من لم يبلغه تحريم الخمر وان بلغه تحريم النبيذ أو بلغه تحريم الخمر باسم خاص مثل أن يبلغه تحريم خمر العنب أو تحريم خمر التمر والوجه الثانى أن يكون نوع من الخمر غالب على بلد من البلاد فيكون خمر التمر غالباً على بلد ما وخمر العنب غالب على بلد آخر وخمر الذرة أغلب في بلد آخر فيكون لفظ الخمر اذا أطلق فى ذلك البلد كان أظهر فيها هو الأغلب عندهم لكثرة استعمال هذا الاسم فيه دون غيره مما هو معدوم عندهم فيسأل أهل كل بلد عن غير ما هو الأغلب عندهم لتجوز أن يكون الحكم مقصوراً على ما هو الأغلب عندهم والوجه الثالث أن يكون هذا الحكم ورداً أولاً على سبب فظن هذا السائل لما جوز أن يكون مقصوراً على سببه والوجه الرابع أن يسأل عن ذلك من سمع تحريم الخمر فجوز عليه التخصيص فسأل عن البتع ليعلم ان كان حكم العموم جاز فيه أم لا وقد روى عن أبي موسى انه سئل عن ذلك فقال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقلت يارسول الله ان بها أشربة يقال لها البتع والمزرق قال وما البتع قلت شراب يكون من العسل والمزرق يكون من الشعير فقال كل مسكر حرام

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كل شراب أسكر حرام وقد سئل عن البتع دليل على انه أجاب عن جنس الشراب لا عن مقدار ما حرم منه من وجهين أحدهما انه سئل عن البتع ولم يسأل عن مقدار منه فلما جاب عن السؤال اقتضى ذلك جوابه عن الجنس والا كان عدولاً منه عما سئل عنه وذلك غير جائز عليه واذا كان جواباً لما تقدم من السؤال وكان السؤال يقتضى الجنس وجب أن

﴿ تحريم الخمر ﴾

* وحدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي سامة بن عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع فقال كل شراب أسكر فهو حرام

يكون الجواب مثله وان كان أعم منه والوجه الثاني انه انما سئل عن جنس شراب هل هو حرام أو حلال ولو سأل عن أبعاضه ومقاديره لقال ما يحل منه وما يحرم فلما كان السؤال عن البتة يقتضي السؤال عن جميعه ثبت انه سؤال عن جنسه وجوابه صلى الله عليه وسلم كل شراب أسكر حرام يقتضي الجواب عن أجناس الشراب ليكون مقابلا للسؤال ولانه صلى الله عليه وسلم علق الحكم على الجنس فقال كل شراب أسكر حرام فكان ذلك جوابا عنه وعن غيره ولو أراد الاخبار عن أبعاضه وان بعض مقاديره حرام وبعضها حلال لقال كل مقدار أسكر فهو حرام ولقال كل ما أسكر منه فهو حرام ولا ستغنى عن اعادته لفظ الشراب لانه لا خلاف أن اسم الشراب واقع على الجنس دون بعض مقاديره فاذا علق الحكم بالجنس ولم يعلقه بالقدر كان الظاهر انه أراد به الجنس دون القدر والله أعلم ص **عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الغبيراء قال لا خير فيها ونهى عنها** قال مالك فسألت **زيد بن أسلم ما الغبيراء فقال هي الأسكركة** **ش قوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الغبيراء قال لا خير فيها ونهى عنها** يقتضي انه قد علم حالها وصفتها وهذا يدل أيضا على أن السؤال كان على جنسها وانه عن ذلك أجاب صلى الله عليه وسلم لما قدمناه وهو المعروف من كلام العرب المعتاد اذا سألو عن الماء أحلوه وأمروا فاما يسألون عن طعم جنسه لا عن طعم قطرة منه لا يوجد لها طعم ولا عن طعم الكثير منه دون القليل وكذلك اذا سألو عن شراب من الأشربة أنافع هو فاما يقع السؤال عن جنسه واذا أجاب من سألوه بأن كل شراب سخن عند تناوله يجب أن يجتنبه فاما يفيهم منه منع جنسه واذا أرادوا السؤال عن مقدار ما يخشى ضرته منه قالوا كم الشرية منه أو كم مقدار ما يتناول منه أو كم مقدار ما يجتنب منه وان جهل السائل فسأل عن جنسه فسأل عن شراب الورد في جلته وكان قليله مخالفا لكثيره لزم المسؤل التفصيل وأن يقول أما يسيره فلا تبقى ضرته فيجب أن يجتنب كثيره ومقداره كذا وان أتى بلفظ يحتمل المقدار ويحتمل الجنس كان الأظهر انه يريد الجنس لانه موافق لسؤال السائل والله أعلم ووجه آخر وهو أن اللغة تمنع من هذا وذلك أن عمر بن الخطاب وهو من أهل اللسان قال والخمر ما خمر العقل فلو كان المراد به الكثير دون القليل لوجب أن لا يسمي قليل الخمر خرا وهذا باطل باتفاق ولما أجمعنا على أن يسير الخمر يسمي خمرًا وان كان بانفراده لا يخامر العقل وانما هو من جنس ما يخامر العقل علم أن المراد بذلك كله الكلام في الجنس دون المقدار

(فصل) وقول زيد بن أسلم لمسألة مالك عن الغبيراء هي الأسكركة دليل على أن الأسكركة كانت معلومة عندهم والغبيراء التي هي الأسكركة شراب ص **عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمتها في الآخرة** **ش قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمتها في الآخرة** بيان منه صلى الله عليه وسلم أن التوبة منها مفرضة لشاربها ممكنة له مقبولة منه لمن وفقه الله لها وأتم عليه بها فانه بما خيف على المكلف المدمن على معاصيه أن يمنع من التوبة ويحرمها ويحتمل بينه وبينها نسأل الله العصمة ونعوذ به من الحرمان

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم حرمتها في الآخرة يريد والله أعلم انه وان دخل الجنة بعد العقوبة له أو له فوعنه فانه يحرم خمر الجنة ويقتضي أن في الآخرة شرابا يسمي بهذا الاسم قال الله تعالى وإنهم من خمر لذة للشاربين فيصيرمه المصير على شرب الخمر وان دخل الجنة

* وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الغبيراء فقال لا خير فيها ونهى عنها قال مالك فسألت زيد بن أسلم ما الغبيراء فقال هي الأسكركة * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمتها في الآخرة

* جامع تحریم الخمر *

ص * مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة المصري انه سأل عبد الله بن عباس عما يعصم من العنب فقال ابن عباس أهدي رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما علمت أن الله حرمها فقال لا فساره رجل الى جنبه فقال بم ساررت فقال أمرته أن يبيعها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شر بها حرم بيعها ففتح الرجل المزادتين حتى ذهب ما فيها * ش سؤاله عما يعصم من العنب يحتمل معنيين أحدهما أن يسأل عن جميع أنواع العصير من حين يعصر الى أن ينتهي في آخر أحواله وذلك ان للعصير أربعة أحوال أحدها من حين يعصر وقبل أن ينش والثانية اذا نش وقبل أن يسكر والثالثة اذا أسكر والرابعة اذا صار خلا فاما الاولى وهي حال حلاوته وقبل أن ينش فانه حلال لا خلاف فيه إلا أن يدخل عليه ما يغير حكمه فقد قال ابن حبيب وأنها عن شرب الخمر العصير الذي عصر في المعاصر التي تردد العصر فيها وان كان ساعة عصر لما بقي في أسفلها خوفا أن يكون قد اخضر ولا شك أن بقايا نفلها في أسفلها تختمر فتصير خرا ثم يلقى عليه عصير طوي فيختلط به فيفسد جميعه لأن قليل الخمر يخالط كثيرا من عصير أو خل أو طعام أو ما يشرب فيحرم كله * قال الامام أبو الوليد ووجه هذا عندى أن الخمر لا يعود عصيرا حلا فذلك اذا ما زجت العصير نجسته لأنها تبقى على نجاستها ولو خالط بيسير الخمر الخل لم ينجسه لأن أجزاء ذلك الخمر تستعمل خلا طاهرا فلا تبقى ثم لا ينجس الخل بمجاورته وقد قال لا يستعمل ذلك الخل حتى تبقى مدة يقدر فيها أن أجزاء ذلك الخمر قد استعالت خلا (مسئلة) وأما اذا نش فان مالكا رحمه الله لا يراه حراما حتى يسكر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا نش فقد حرم والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم وقد شئنا أن البتة فقال كل شراب أسكر فهو حرام فلنا من هذا الحديث دليلان أحدهما أنه قصد النبي صلى الله عليه وسلم الى بيان ما حرم وتمييزه مما أحله الله فقال كل شراب أسكر فهو حرام فعلق اسم التحريم بالاسكار ولم يعلقه بالغليان فدل ذلك على أن الاسكار حدين الحلال والحرام دون الغليان والوجه الثاني أنه علق حكم التحريم على الاسكار فكان الظاهر أنه علة له دون الغليان الذي لم يعلق عليه تحريما ومحال أن يكون الغليان علة له فيترك التعليل به ويعمل بغيره مما ليس بعلة له (مسئلة) واذا أسكر فلا خلاف في تحريمه قليلا وكثيره وكذلك سائر الاشربة عند مالك وقد تقدم ذكر اختلاف الفقهاء فيما يسوغ فيه الاختلاف عنه بما يغني عن اعادته (فرع) اذا ثبت أن الخمر حرام فهل تجب اراقنها ومن كانت عنده لا يخلو اذا عصرها أن يريدها المحظور وهو أن يتغنها خرا أو يقصدها المباح وهو أن يشربها عصيرا أو يخلها أو يطبخها بالآخر ذلك من الوجوه المباحة فان قصد بها المحظور فلا خلاف في المذهب نعم أنه يجب عليه اراقنها فان اجتراً عليها فخلها فعن مالك في ذلك روايتان وسند كرها بعد هذا ان شاء الله تعالى وان قصد بها أمر اربابا فصار خرا فقد قال ابن حبيب فممن عصر عصيرا يريده الخل فلا بأس أن يعاجله وهو عصير يصب الماء فيه ويطره على دردى الخل فله أن يقره وحنالته وان داخلته الخمر ثم ان عجل ففتح قبل أو انه فوجده قد دخله عرق الخل فله أن يقره ويعالجه وان لم يجد فيه شيئا من ذلك في رائحة ولا طعم فهي خمر تهراق ولا يحمل له حبسها ولا علاجها لتصير خلا * قال الامام أبو الوليد وفي كلام ابن حبيب نظر وظاهر ما في كتاب ابن الموزان

* جامع تحریم الخمر *
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن زيد بن أسلم عن ابن
 وعلة المصري انه سأل
 عبد الله بن عباس عما
 يعصم من العنب فقال
 ابن عباس أهدي رجل
 لرسول الله صلى الله عليه
 وسلم راوية خمر فقال له
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم أما علمت ان الله حرمها
 قال لا فساره رجل الى
 جنبه فقال له رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بم
 ساررت فقال أمرته أن
 يبيعها فقال له رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ان الذي
 حرم شر بها حرم بيعها
 ففتح الرجل المزادتين حتى
 ذهب ما فيها

عن مالك خلاف هذا وقد بسطت الكلام فيه في الاستيفاء (فرع) فان صارت خلا بعد أن كانت خمر افلا يخلو أن تصير خلا بمعالجة أو بغير معالجة فان صارت خلا بمعالجة أدى فان المعالجة ممنوعة في الجملة عندنا وأحسن ما يتعلق به عندى في ذلك أن مهندي المزدتين أراقهما بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر ذلك عليه ولو جاز تخليلها لما أباح له اراقها ولنبيه على تخليلها كما نبه أهل الميعة على الانتفاع بجلد ها غير أنه يتعرض في ذلك أن تلك خمر قصد بها الخمر وأما ما لم يقصد به خمر وإنما قصد بها الخل فحكمه غير حكم ما قصد به الخمر (فرع) فان صارت خلا بمعالجة ففي كتاب ابن المواز فيمن عصر خمر أو عصر خلا فصارت خمر اقباعها من مسلم أو نصراني فصارت خلا أو خلاها أنه لا بأس بأكلها وبيعها وروى عن مالك اباحه أكلها وروى عن ابن الماجشون المنع من ذلك وروى ابن عبد الحكم في مختصره الروايتين عن مالك ووجه الرواية الاولى ما احتج به الشيخ أبو بكر أن عملة التحريم هي الشدة المطربة فاذا زالت زال التحريم كما لو تخللت بنفسها قال القاضي أبو محمد ولا خلاف في ذلك اذا تخللت بنفسها ووجه الرواية الثانية الحديث المتقدم في اراقه ما في المزدتين بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه ولو أراد تخليلها بالمنع من ذلك ونبيه عليه (فصل) وقول ابن عباس للذي سأله عما يعصر من العنب أهدي رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم رواية خمر يحتمل أن يكون فهم من السائل أنه انما سأل عن الخمر من أنواع العصير أو عما عصر للخمر فان كان سأله عن الخمر فقد أجابه عن نفس مسئلته وان كان سأله عن عصير أريد به الخمر فعنى ذلك أن حكمه حكم ما قد صار خمر

(فصل) وقوله رواية خمر الراوية هي الدابة التي تحمل الخمر أو الماء لأنها هي التي تروى غير أنه قد يسمى الطرف الذي يحمل فيه الماء أو الخمر راوية بمعنى تسمية الشيء باسم ما جاوره أو قاربه (فضل) وقوله صلى الله عليه وسلم للذي أهدي إليه الراوية أما علمت أن الله حرّمها على جهة التوبيخ له ان كان علم ذلك ثم أهداها وان كان جهل مثل هذا من أمر الشريعة مع ظهوره ولما قال المهدى للخمر لا اظهارا لعنره ساره انسان الى جانبه بما ظن أنه يرشده به الى منفعة فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك من مسارته ولم يثق بعلمه وتوقع أن يأمره بمثل ما أظهره بعد ذلك سأله عما ساره به فان كان صوابا أقره عليه وثبته فيه وان كان خطأ حذره منه ونهاه عنه وأرشدته الى الصواب فأخبره أنه أمره ببيعها فقال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شر بها حرم بيعها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه لا يحل بيعها كما لا يحل شر بها لأنه لم يبق بها منفعة تمسك لسببها في الحال والمآل وما كان بهذه الصفة لم يحل بيعه (مسألة) اذا ثبت أن بيعها محرم فاجترأ مسلم فباعها فلا يخلو أن يشتريها منه نصراني أو مسلم وسيأتى بيان هذا في آخر الباب ان شاء الله

(فصل) وقوله ففتح المزدتين حتى ذهب ما فيهما للعصير على أصلنا ثلاثة أحوال حال عصير وحال سكر وحال تخلل فأما الحالة الاولى وهي حالة العصير فهي حالة اباحه على وجه ما فن أعدها لوجه مباح فلا خلاف في أنه لا يلزم اراقها في هذه الحال ومن اتخذها لوجه محظور فهل تلزمه اراقته يحتمل أن يكون قصدهما بقايبقى الانتفاع بهما بل حل أفواهما ويحتمل أن يكون قصدهما بشق أو ساطهما فأبطل ذلك الانتفاع بهما وقد حكى ابن عبد الحكم عن مالك أن من وجدت عنده خمر من المسلمين كسرت عليه وشق ظر وفيها قال الشيخ أبو بكر انما شق الظرف اذا كان لا يزول ما قد فسد بهما من الخمر بالغسل فان كان يزول ما فيهما من الغسل غسلت ولينتفع بها وكذلك الأواني

تكسرها ان كان لا يزول ما فيها قال ويجوز أن يكون مالك انما أراد أن الظروف تشق وتكسر الاواني وان كان ما فيها يزول بالغسل عقوبة للمسلم على فعله وامساكه الخمر وبيعه لها وهذا الذي أراد مالك والله أعلم ولذلك قال يفرق ثمن ما باع منها على الفقراء وأهل الحاجة عقوبة للمسلم الذي باعها لئلا يعود ثانياً الى بيعها **ص** مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك انه قال كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة الانصاري وأبي بن كعب شراباً من فضيخ وتمرقال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها قال فقمتم الى مهرانس لنا ففرضت بها بأسفله حتى تكسرت **ش** قوله كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح ومن معه شراباً من فضيخ تمر يحتمل من جهة اللفظ أن يكون مسكراً أو غير مسكراً لان اسم الشراب قد يتناول ذلك كله قال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت وهذا يقتضي ان هذا كان وقت تحريمها ونسخ اباختها لمكان هؤلاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعلموا بتحريمها ولو تقدم تحريمها بعد طويلاً من النبي صلى الله عليه وسلم لما خفي عليهم ولما اجتمعوا عليها

(فصل) وقول أبي طلحة عنده قوله الآتي يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها امثال لنهي النبي صلى الله عليه وسلم فهو الذي حرّمها وهو الذي أخبر بذلك عن الله تعالى ولهذا قلنا فيما روى أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة ان هذا مسند لانه لا يأمر الا النبي صلى الله عليه وسلم ولا ينهى في الشرية غيره

(فصل) وأمر أبي طلحة أنسا بكسر الجرار يدل على أن فضيخ التمر عنده ينطلق عليه اسم الخمر ولو لم يقع عليه اسم الخمر لما جاز أن يأمر بكسر المباح عنده لتحريم غيره بل لا يجوز أن يأمر بكسر نوع من المائعات والمشروبات لتحريم الخمر اذا لم يكن المسكر خراً كما لم يأمر حينئذ بكسر جرار فيها ماء ولا سمن ولا زيت ولا غير ذلك من أنواع المائعات والمشروبات ولما أمر بكسر الجرار لما فيها من الفضيخ عند نزول تحريم الخمر دل على ان اسم الخمر يتناول شراب الفضيخ

(فصل) وقول أنس فقمتم الى مهرانس لنا ففرضت بها بأسفله حتى تكسرت المهرانس حجر كبير كسر أنس به الجرار بأمر أبي طلحة وبحضرة أبي عبيدة وأبي بن كعب ولم يقتصر واعلى اراقة ما فيها وغسلها ولعله أن يكون ذلك لتمكن شرابها منها وسرايتها في اجزائها ومسماها وانما يجوز غسلها واستعمالها اذا علم انه يزول عنها ما تشبث من الخمر بها ولا يبقى من الخمر فيها بقية وقد روى في المجموعة عن مالك في الجرة اذا طبخ فيها الماء وغسلت انه لا بأس باستعمالها فيحمل أن يكون أمر بكسرها لما رأى أنه لا يمكن غسلها وتنظيفها من بقايا الخمر فيها ويحمل أيضاً أن يكون كسرها لما رأى ان ذلك حكمها على كل حال وقد روى القولان عن مالك في الجرار (فرع) وأما الذي يراعى في تطهيرها ونظافتها اذا قلنا يجوز غسلها روى أشهب عن مالك في الركوة للخمر تغسل أخاف أن لا يخرج ريحها من الركوة وهذا يدل على انه يراعى بقاء رائحتها في الاناء وتتمثل مراعاة الرائحة وجهين أحدهما أن يراعى في تغير المائع براحة النجس وكون الرائحة فيها بمنجورة أو مخالطة فان المشهور من مذهب مالك تغير الرائحة بالمخالطة والثاني ان بقاء الرائحة في الاناء بما تعلق بالشارب من ذلك الاناء فأدى ذلك الى اقامة الحد عليه بالرائحة والله أعلم **ص** مالك عن داود بن الحصين عن واقد بن عمر بن سعد ابن معاذ انه أخبره عن محمود بن لبيد الانصاري ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكاه الى أهل الشام وباء الأرض وثقلها وقالوا لا يصلحنا الا هذا الشراب فقال عمر اشربوا العسل فقالوا

وحدثني عن مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك انه قال كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة الانصاري وأبي بن كعب شراباً من فضيخ وتمرقال فجاءهم آت ان الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها قال فقمتم الى مهرانس لنا ففرضت بها بأسفله حتى تكسرت **ش** وحدثني عن مالك عن داود بن الحصين عن واقد بن عمر بن سعد بن معاذ انه أخبره عن محمود بن لبيد الانصاري ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكاه الى أهل الشام وباء الأرض وثقلها وقالوا لا يصلحنا الا هذا الشراب فقال عمر اشربوا العسل فقالوا

لا يصلحنا العسل فقال رجل من أهل الأرض هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر
قال نعم فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فأتوا به عمر فأدخل فيه أصبعه ثم رفع يده فقبعها
يتمطط فقال هذا الطلاء هذا مثل طلاء الأبل فأمرهم عمر أن يشربوه فقال له عبادة بن الصامت
أحلتها والله فقال عمر كلا والله اللهم إني لأحل لهم شيئاً حرمتهم عليه ولا أحرم عليهم شيئاً أحلتهم عليه
قوله إن عمر بن الخطاب حين قدم الشام قدومه الشام كان على حسب ما يلزم الإمام من مراعاة
أنظروا وتطلعوا بنفسه وتعاهدوا حوالها لاسيما وهو موضع رباط وهو أهم المواضع عند الإمام وأولها
بنة قدومه وتعاهد

(فصل) وقوله شكاً إليه أهل الشام وباء الأرض وثقلها ببدانهم شكوا إليه من ذلك ما أحوجهم
إلى شرب شراب يزيل عنهم وباء الأرض ويبعد عنهم ثقلها وأمر أفاضها المعتادة عندهم وقد اعتادوا
أن يغتدوا لها بشراب وأخبروا عمر أنه لا يصلحهم إلا ذلك يريدان أبدانهم لا تألف غيره فأمرهم عمر
أن يشربوا العسل على الوجه المباح منه من أن لا ينتهي إلى الحد المحرم من السكر وذلك أنه لم يكن علم
أنه يتخذ من العصير ما يبقى ويسلم من الشدة المطربة وعلم أن العسل يبقى المدة الطويلة فعلم بهم إليه
ليقتنوه ويتخذوه ويدخلوه فتي أرادوا شربه بخلطوه بالماء فقالوا أنه لا يصلحنا العسل يعني أنه
لا يزيل عنهم وباء الأرض ولا وخامتها ولا يدفع ما يحدث من أمراضها وهذا كله يقتضي أنه لم يبح لهم
شرب ذلك الشراب المسكر للتداوى وقد تقدم ذكره

(فصل) ولما توقف عمر رضي الله عنه عن أجابته إلى ما أرادوه من شرب العنب لاعتقاده أنه لا يمكن
إدخاره قال له رجل من أهل الأرض يريد من نشأ فيها هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا
يسكر لعامة بذلك أنه يمكن أن يدخر ولا يتغير ويتوصل إلى ذلك بصنعة علمها فقال له عمر نعم أجابه إلى
اختبار ما ادعاه من صحة إدخاره العصير دون أن يسكر أو يتغير فإنه إنما منعهم منه لما علم فيه من التغير
وتعذر عنده من بقاءه دون أن يفسد فلما ادعى هذا بحضرة أنه يمكنه أن يصنع منه ما يسلم من الفساد
أجابه إلى أن يصنع ذلك ليخبر قوله ويعاين ما أخبره به

(فصل) وقوله فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث ومعنى ذلك أنه ذهب منه المائبة التي تحدث
إفساده ويسرع بها تغيره وبقيت عسلية خالصة وانما خص ذلك بذهاب الثلثين وبقاء الثلث لان
هذه كانت صفة عصير ذلك العنب في ذلك البلد وقد روى ابن المواز في طبخ لأحد ذهاب ثلثيه
وانما أنظر إلى السكر قال أشهب وان نقص تسعة أعشاره بذلك قال ابن المواز وليس ذهاب الثلثين
في كل بلد ولا من كل عصير فاما الموضع المختص بذلك فلا بأس به وقال ابن خبيب من تحفظ في خاصته
فعمل الطبخ فلا يعمله إلا باجتماع وجهين أن يذهب ثلثاه ويوقن أنه لا يسكر فاما أحد الوصفين من أنه
لا يسكر فصحيح ولا يحتاج إلى سؤال لأنه إذا لم يسكر فسواء ذهب ثلثه أو ربعه أو أكثر وأقل اللهم
الأن يعلم أنه لا يوجد بلد يذهب منه أقل من الثلثين ويسلم من الفساد فيراعى ذهاب الثلثين في البلاد
التي يسلم فيها من الفساد ذهاب الثلثين ويحترز بيقين سلامته من الفساد لوجود الفساد مع ذهاب
الثلثين في سائر البلاد وإذا اعتبر السلامة من أن يسكر استغنى عن سائر الأوصاف وجعل أبو حنيفة
ذهاب الثلثين حداً في جواز شرب ما يبقى وإن كان يسكر من كثيره والدليل على ما نقوله أن هذا
شراب فيه شدة مطربة فوجب أن يكون قليلاً حراماً أصل ذلك النية

(فصل) وقوله رضي الله عنه لما أخبره به وأشرف عليه بالمشاهدة والمباشرة وقوله فأتوا به عمر بن

لا يصلحنا العسل فقال
رجل من أهل الأرض
هل لك أن نجعل لك من
هذا الشراب شيئاً
لا يسكر قال نعم فطبخوه
حتى ذهب منه الثلثان
وبقي الثلث فأتوا به عمر
فأدخل فيه عمر أصبعه ثم
رفع يده فقبعها يتمطط
فقال هذا الطلاء هذا مثل
طلاء الأبل فأمرهم عمر
أن يشربوه فقال له عبادة
ابن الصامت أحلتها والله
فقال عمر كلا والله اللهم
إني لأحل لهم شيئاً حرمتهم
عليهم ولا أحرم عليهم شيئاً
أحلتهم

الخطاب فأدخل فيه أصبعه ثم رفعه فتبعها يتمطط اختبار من عمر رضى الله عنه لما أخبره به واشراف عليه بالمشاهدة والمباشرة واعتناء بأمور المسلمين ومصلح دينهم ودنياهم فأدخل أصبعه ليختبر ثخانتة وهي التي تمنع التغير ثم رفع أصبعه التي أدخلها في الطلاء فتبعها الطلاء يتمطط لثخانتة ولو كان رقيقا في حكم الشراب لم يتبع يده ولا أصبعه منه شيء ولجعل ينقط ما يتعلق بأصبعه منه ان كان تعلق منه شيء

(فصل) وقول عمر هذا الطلاء يريدانه سمي بالطلاء على معنى التشبيه بهذا ولذلك قال هذا مثل طلاء الابل في ثخانتة وبعده من التغير ثم أمرهم بشر به ولو راعى أبو حنيفة ان يعود الى مثل هذا من القوام والثخانة لما أباح للناس الا شرب ما يؤمن فسادة فان هذا في قوام العسل ولا يكن شرب مثله الا ان يمزج بالماء فلا يخاف على مثل هذا التغير بدأ وأما من عصير يذهب ثلثاه ويبقى الثلث رقيقا يسرع اليه التغير ويطرأ عليه الفساد فليس له حكمه وحكم الذي قد صار في قوام العسل حكم الذي لا يتغير ولو أمسك أعواما ولو كان ذهاب الثلثين منه يجزى على كل لما احتاج عمر أن يراه ويختبره ويدخل أصبعه فيه ويرفعه ليعلم بذلك ثخانتة ولقال للذي قال له هل لك أن أجعل لك من هذا الشراب ما لا يسكر أنا أعلم بذلك منك اطمع حتى يذهب الثلثان ولا يراعى أي سكر أم لا ولما قال له افعل علم انه انما أمره بان يعمل منه ما لا يسكر وانه اختبر صدقه وعلم صحة قوله بما شاهد من ثخانتة وانه في قوام طلاء الابل ثم أظهر تصديق قول الصانع واجابته الى ما سأل بان يكون على مثل هذه الصفة التي ادعى انها لا تسكر فن أباح شرب ما يسكر من ذلك بذهاب الثلثين فقد خالف اجماع الصحابة لانهم بين قائلين قائل يقول بمثل قول عمر انها اذا لم تسكر لما عادت عليه من القوام انه مباح عملها واتخاذها وقائل أنكر على عمر رضى الله عنه ابا حاتم ذلك كله خوفا من الذريعة لباحته الى شرب المسكر منها على حسب ما أفتى به أبو حنيفة فقد خالف اجماعهم وقد روى ان علي بن أبي طالب كان يرزق الناس طلاء يقع فيه الذباب فلا يستطيع أن يخرج منه

(فصل) وقوله ثم أمرهم بشر به يحتمل أن يريد أمرهم بشر به على معنى انه نذيرهم الى ذلك على معنى استيفاء صحة أجسامهم وصلاح أحوالهم والمنع لهم من تحريمه ويحتمل ان يريد بذلك اباحته لهم فان القاضي أبا القزح من أصحابنا قد قال ان الاباحة أمر

(فصل) وقول عبادة بن الصامت أحلتها والله يريد ان ما أباحه لهم من هذا الطلاء الذي يؤمن معه الفساد يتسبب به الى شرب ما لا يبلغ ذلك المبلغ مما يسرع اليه الفساد الا انهم يحتانون أنفسهم فلا يبلغوه ذهاب الثلثين في البلد الذي يصلح فيه بذهاب الثلثين واما ان يتعلق بذلك ويشرب ما ذهب ثلثاه في بلد لا يصلح فيه الا بذهاب أكثر من الثلثين ويتعلق بذلك ذهاب الثلثين على حسب ما يتعلق به المخالف وقد تبع عبادة بن الصامت على هذا الانكار عبد الله بن عمر قال ابن حبيب وقد نهى عنه عمر بن عبد العزيز ولو اقتصر الناس على ما أباح منهم انه عنه قال ابن حبيب وانه ليعجبني لمنع الذرائع أن ينهى عنه الناس

(فصل) وقول عمر كلا والله اللهم اني لأحل لهم شيء أحرمته عليهم ولا أحرم عليهم شيئا أحلته لهم انكارا على عبادة بانطهار النية وصحح معتقده وتبين ما ذهب اليه وانه لا يعمل خراما وهو ما يسرع اليه الفساد والتغير من الأثر به ولا يحرم حلالا منها وهو ما يبلغ المبلغ الذي صنعه الرجل من الثخانة وانه بمنزلة طلاء الابل فلا يسرع اليه فساد ولا يمكن شربه الا بخلاطه بالماء على حسب ما يصنع بالعسل من أراد

شربه ص **مالك** عن نافع عن عبد الله بن عمران رجلا من أهل العراق قالوا له يا أبا عبد الرحمن انابتاع من ثمر النخيل والعنب فنعصره خرافنيبعها فقال عبد الله بن عمران اني أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس اني لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها ولا تعصروها ولا تشربوها ولا تسقوها فانها رجس من عمل الشيطان **ش** قوله ان رجلا من أهل العراق سألا عبد الله بن عمر فقالوا انابتاع من ثمر النخيل والعنب فنعصره خرافنيبعها تصرح بعصر الخمر وبيعه فنع من ذلك عبد الله بن عمر ولا خلاف نعلمه في منعه والأصل في ذلك الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم قال للذي أهدي اليه راوية خمر ان الذي حرم شر بها حرم بيعها وقول عبد الله بن عمران اني أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس اني لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها ولا تشربوها ولا تسقوها فانه رجس من عمل الشيطان لا أترككم الى التجارة فيها وطلب الرزق ببيعها وشراؤها كما أمركم بطلب ذلك في غيرها وقد يستعمل الأمر في مثل هذا بمعنى الإباحة فيكون معناه اني لا أيسح لكم وهذا مما اتفق على منع بيعه وابتاعه فان باعها أحد من أحد فلا يخلو أن يبيعها مسلم من مسلم أو مسلم من نصراني أو نصراني من مسلم أو نصراني من نصراني فان باعها مسلم من مسلم أو مسلم من نصراني أو نصراني من مسلم فلا يخلو أن يعثر على ذلك والخمر قائمة أو كانت عند المشتري فان كانت قائمة فقد قال ابن حبيب يفسخ الشراء وتكسر حيث وجدت ويرد الثمن الى المشتري ان كان دفعه فان لم يكن دفعه لم يؤخذ منه شيء قال الشيخ أبو بكر وانما قال ذلك مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الذي حرم شر بها حرم بيعها فوجب كسرها حيث وجدت ويرد الثمن على المبتاع لان البائع لا يجوز له أخذ مال عوضا من الخمر وكان الخمر انما كسرت بيد البائع (فرع) وان كانت قد فاتت عند المشتري فقد قال ابن حبيب انه قد فات موضع الفسخ ويؤخذ الثمن من البائع ان كان قبضه أو من المشتري ان كان لم يدفعه ويفرق على أهل الحاجة ويعاقبان عقوبة موجبة ببيعها وابتاعها (مسألة) وان باعها مسلم من نصراني فلا يخلو أن يعثر على ذلك وهي قائمة أو بعدان فأت قال ابن حبيب فان عثر على ذلك والخمر قليلة بيد البائع أو المشتري النصراني كسرت على المسلم ويرد الثمن على النصراني (فرع) وان عثر على ذلك بعدان فأت عند المشتري أخذ الثمن من المسلم ان كان قبضه أو من النصراني ان كان لم يدفعه لانه ثمن حرام وفرق على أهل الحاجة قاله ابن حبيب قال وفيها اختلاف (مسألة) وان باعها نصراني من مسلم فلا يخلو أن يعثر على ذلك وهي قائمة أو بعدان فأت قال ابن حبيب فان عثر على ذلك وهي قائمة في يد النصراني قد أبرزها للمسلم فقد قال ابن حبيب عن مالك تكسر عليه عقوبة له ويرد الثمن على المسلم ان كان قبضه ويسقط عنه ان كان لم يقبضه وان كان المسلم قد قبضها كسرت على المبتاع فان كان المسلم لم يدفع الثمن سقط عنه وان كان النصراني قد قبضه لم ينزع منه الثمن قال الشيخ أبو بكر وانما قال ان الخمر تكسر في يد المسلم لانه لا يجوز له ملكها ولا امساكها وقوله وان كان دفع الثمن لم يرده اليه أدب لانه قد فات قبض النصراني له فان لم يكن نقد كسرت الخمر يسهل ما ذكرناه ولم يدفع الثمن الى النصراني عقوبة له قال وقد ذكر مالك انه يؤخذ الثمن من المسلم فيتصلقه به والاندفع الى النصراني (فرع) وان كان المسلم قد قبض الخمر ففاتت عنده فقد قال ابن حبيب ان كان الثمن بقي عنده قبض منه ودفع الى أهل الحاجة ويعاقبان وان كان الثمن قد صار الى النصراني

(فصل) وقوله ولا تعصروها ولا تشربوها ولا تسقوها فانها رجس من عمل الشيطان ذهب والله أعلم الى منع كل تصرف مقصود فيها وعمل لها ثمين بن علة ذلك بأنها رجس وانها من عمل الشيطان ويريد

وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله أن رجلا من أهل العراق قالوا له يا أبا عبد الرحمن انابتاع من ثمر النخيل والعنب فنعصره خرافنيبعها فقال عبد الله بن عمران اني أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس اني لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها ولا تعصروها ولا تشربوها ولا تسقوها فانه رجس من عمل الشيطان

والله أعلم قوله تعالى إنما الجور والمنكر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ثم كتاب الأثرية والحمد لله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الجهاد)

﴿ الترغيب في الجهاد ﴾

معنى الترغيب في الجهاد الاعلام بعظيم ثوابه وجزيل أجره ليرغب الناس فيه وأكثر ما يوصف
بارغائب ما قصر عن رتبة الوجوب لأن العمل إنما يوصف بأتم أحواله إلا أنه لم يقصد ههنا الوصف له
بوجوب ولا غيره وإنما قصد الحض على فعله بالأخبار عن جزيل ثوابه ويحتمل أن يوصف بأنه من
الارغائب لمن سقط عنه فرضه لقيام غيره به وبعده عن مكانه مع ظهور المجاورين للعدو عليهم
واستغنائهم عن عون من بعدهم وقد قال سحنون في مثل هذا كان أول الاسلام فرضا على
جميع المسلمين والآن هو مرغوب فيه (مسئلة) الجهاد فرض في الجملة إلا أنه من فروض الكفاية
ومعنى قولنا من فروض الكفاية أنه يجب في الجملة فإذا قام به بعض الناس سقط فرضه عن قام به
وعن غيره من المسلمين وإذا عمت الحاجة إلى جميع الناس ودهمهم من العدو وما لا يقوم به بعضهم لزم
الفرض جميعهم والأصل في وجوبه قوله تعالى وقتلواهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله
(مسئلة) إذا ثبت وجوب الجهاد فإن غايته أن يدخل الكفار في الاسلام أو يدخلوا في الذمة
بأداء الجزية وجريان أحكام الاسلام عليهم والأصل في ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
ولا باليوم الآخر إلى قوله وهم صاغرون (مسئلة) وهذا مع ظهور الاسلام عليهم وغلبتهم لهم فأما إذا
ضعف أهل الاسلام فلا بأس بمهادنتهم ومصالحتهم على غير شئ وسأل أهل الأندلس سحنون قالوا
أرأيت لو انقطعت عنا الجيوش وبعدها أمير المؤمنين وعدونا قريب منا في قوة هل لأمبرال تغور أن
يصالحهم على غير شئ إذا لاطاقة لنا بهم قال نعم ولا يبعد في المدة لما يحدث من قوة الاسلام والأصل في
ذلك مهادنة النبي صلى الله عليه وسلم فم يشاعم الحديبية على غير شئ يأخذه منهم حتى قوى الاسلام
فلم يقبل ذلك منهم (مسئلة) وأما مصلحتهم على مال يعطيهم المسلمون إياه إذا عجزوا عن حماية
زرعهم أو حماية بيضتهم أو حصن من حصونهم وخافوا التغلب وأخذ العدو من فيها من النساء والذرية
فهم جائز ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم الذي لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع ﴾
ش قوله صلى الله عليه وسلم مثل المجاهد في سبيل الله السبيل في كلام العرب هو الطريق يذ كر
ويؤنث وجميع أعمال البر هي سبيل الله تعالى إلا أن هذه اللفظة إذا أطلقت في الشرع اقتضت الغزو
إلى العدو وسئل مالك عن رجل أوصى بمال في سبيل الله فقال سبيل الله كثيرة وأحب إلى أن يجعل
ذلك في الغزو ووجه ذلك ما ذكرناه من أن إطلاق هذه اللفظة أظهر في الغزو وتمثيله المجاهد في
سبيل الله بالصائم القائم يريد في عظم ثوابه وكبرته ومعنى ذلك أن له من الثواب على جهاده في سبيل
الله مثل ثواب المستديم للقيام والصيام لا يفتر عنه ما وإنما أحال على ثواب الصائم والقائم وإن كنا
لا نعرف مقداره لما قرر الشرع من كبرته وعرف من عظمتها والمراد بالقائم ههنا المصلي يقال فلان
يقوم بالليل إذا كان يصلي فيه

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب الجهاد ﴾
﴿ الترغيب في الجهاد ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن أبي الزناد عن الأعرج
عن أبي هريرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال
مثل المجاهد في سبيل الله
كمثل الصائم القائم الدائم
الذي لا يفتر من صلاة ولا
صيام حتى يرجع

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم القائم الذي لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع يريد أن حال المجاهد في سبيل الله في أجره وثوابه مثل أجر هذا لأن جميع تصرف المجاهد وأكله ونومه وغفلته يماثل ثوابه ثواب الذي يقرب بين الصلاة والصوم وقد روى أن رجلاً جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال دلني على عمل يعدل الجهاد فقال لا أجدهل تستطيع إذا خرج المجاهد أن تدخل المسجد تصلي لا تنفتر وتصوم لا تفتقر قال من يستطيع ذلك ص مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تكفل الله لمن جاهد في سبيله لا يخرج منه من بيته إلا الجهاد في سبيله وتصديق كلماته أن يدخله الجنة أو يرده إلى مسكنه الذي خرج منه مع ما نال من أجر أو غنمة ش وقوله صلى الله عليه وسلم تكفل الله لمن جاهد في سبيله الكفالة الضمان وإنما أضاف الكفالة إلى الباري في هذا العمل لأنه أوفى كفيل على سبيل التعظيم لشأن الجهاد والتصحيح لثواب المجاهد وقوله لا يخرج منه من بيته إلا الجهاد في سبيله يريد أن يكون خروجه في جهاده خالصاً لله تعالى لا يشوبه طلب الغنية ولا العvisية للأهل والعشيرة ولا حب الظهور ولا سمعة ولا شيء من المعاني غير الجهاد في سبيل الله لتكون كلمة الله هي العليا وإذا كانت نيته وعقده الجهاد فلا ينقص أجره ولا ينقض عقده ما نال من غنية بل هي رزق ساقه الله إليه وأجره وأمر كامل وإنما يكره أن يكون سبب خروجه وعقده ومقصده في قتاله الغنية أو اظهار النجدة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وتصديق كلماته يحتمل أن يريد به الأمر بالقتال في سبيل الله وما وعد الله عليه من الثواب ويحتمل أن يريد به الشهادتين وأن تصديقه بما ثبتت في نفسه عداوة من كذبها والحرص على قتله والمجاهدة له وقوله صلى الله عليه وسلم أن يدخله الجنة أو يرده إلى مسكنه الذي خرج منه يريد والله أعلم أن يدخله الجنة أن أصيب بموت أو قتل لأنه ليس في اللفظ ما يختص بالقتل دون غيره

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يدخله الجنة يحتمل وجهين أحدهما أن يدخله الجنة بأثر قتله ويكون هذا تخصيصاً للشهداء كما خصوا بأنهم رزقون قال الله تعالى ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله أمواتاً بل أحياء عند ربهم يرزقون فرحين بما آتاهم الله من فضله والثاني أن يدخله الله الجنة بعد البعث ويكون فائدة تخصيصه أن ذلك يكون كفارة لجميع خطاياهم وأن كثرت إلا ما خصه الدليل وأنه لا موازنة بين ما اكتسب من الخطايا وبين ثواب ما خرج له من الجهاد فلم يرجع ويؤيد هذا التأويل حديث أبي قتادة في الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم رأيت أن قتلت صابراً محتسباً مقبلاً غير مدبراً يكفر الله عني خطاياي فقال صلى الله عليه وسلم نعم ثم قال له بعد أن ردد عليه إلا الدين كذلك قال لي جبريل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مع ما نال من أجر أو غنمة يريد والله مع الذي ينال منهما فإن أصاب غنمة فله أجر وغنمة وإن لم يصب الغنمة فله الأجر على كل حال فتكون أو بمعنى الواو كقول جرير

نال الخلافة أو كانت على قدر * كما أتى ربه موسى على قدر

وقد روى عن أبي عبد الرحمن الحبلي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ما من غازية تغزو في سبيل الله فيصيبوا غنمة إلا تعجلوا ثلثي أجرهم من الأجرة ويبقى لهم الثلث فإن لم يصبوا غنمة ثم أكرمهم وهذا الحديث لا يثبت رواه أبو هاني وحيد بن هاني وليس بمشهور ولو ثبت لكان

* وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تكفل الله لمن جاهد في سبيله لا يخرج منه من بيته إلا الجهاد في سبيله وتصديق كلماته أن يدخله الجنة أو يرده إلى مسكنه الذي خرج منه مع ما نال من أجر أو غنمة

معناه أن يصيبوا غنمية على غير وجهها أو يكونوا قد خرجوا قاصدين لها مع ارادة الجهاد ولا يضح
حمله على عمومهم لانا لانعلم غازيا أعظم أجرا من أهل بدر على ما أصابوا من الغنمية وقد روى عن
رفاعة بن نافع الزرقى وكان ممن شهد بدر قال جاء جبريل عليه السلام الى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال ما تعدون أهل بدر فيكم قال من أفضل المسلمين أو كلمة نحوها قال وكذلك من شهد بدر من
الملائكة وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لعمر بن الخطاب ما يدريك لعل الله اطلع على أهل
بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم ص * مالك عن زيد بن أسلم عن أبي صالح السمان عن أبي
هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل لرجل أجر ولرجل ستر وعلى رجل وزر
فأما الذى هى له أجر فرجل ربطها في سبيل الله فأطال لها في مرج أو روضة فأصاب في طيلها
ذلك من المرج أو الروضة كان له حسنات ولو أنها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفا أو شرفين
كانت آثارها وأرواها حسنات له ولو أنها مرت بنهر فشربت منه ولم يرد أن يسقى به كان ذلك له
حسنات فهي له أجر ورجل ربطها تغنيا وتعففا ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فهي
لذلك ستر ورجل ربطها فخرا ورياء ونواء لأهل الاسلام فهي على ذلك وزر وسئل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الحر فقال لم ينزل على فيها شيء الا هذه الآية الجامعة الفادة فمن يعمل مثقال
ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره ش قوله صلى الله عليه وسلم الخيل لرجل أجر
ولرجل ستر وعلى رجل وزر يريد أن اتخذها وربطها في الغالب يكون لأحد هذه الثلاث
الأحوال إما مجرد الأجر وهو لمن ربطها في سبيل الله وإما للستر وهو لمن ربطها ليكتسب عليها
وإما للوزر وهو لمن ربطها على الوجه الممنوع منه وارتباط الخيل وربطها هو اقتناؤها وأصله
من الربط بالحبل والمقود ولما كانت الخيل لا تستبد من ذلك وكان كل من اقتنى فرسا ربطه وكثر
ذلك من استعمالها حتى سموها اقتناءها واتخاذها ربطا فعنى ربطها في سبيل الله اعدادها لهذا الوجه
واتخاذها بسببه وهو من وجوه البرئاثاب عليه صاحبه في حال مقامه دون استعماله في الجهاد وغزو
العدو لانه من باب الاتفاق في سبيل الله والاعداد له والارهاب على العدو فاذا غزا به كان له أجر
الجهاد والغزو وأجر الاتخاذ والرباط

(فصل) الرباط يكون على وجهين أحدهما رباط الخيل وهو ما ذكرناه والأصل فيه قوله تعالى
وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل الآية ورباط الخيل يكون اتخذها في موطن
المتخذ لها وغير موطنه سواء كان في الثغر وقرب العدو أو في معظم الاسلام وبالبعيد من العدو لان
ذلك كله من باب اعداد القوة لانه قديا تيه النفير ويحتاج الى الغزو ولا يجدر من المهلة ما يتخذ فيه
الخيل ولان الغازي بها يحتاج الى اختبارها وتأديبها قبل ذلك ولا يتم له مراده منها الا باتخاذها
قبل الغزو بها والوجه الثاني من الرباط هو رباط الرجل نفسه وهو أن يربط نفسه لحفظ الثغور
ويكثر سوادها والارهاب على من جاوره من العدو والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
اصبروا وصابروا وابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون وما روى عن سهل بن سعد أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال رباط يوم في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها (مسألة) اذا ثبت ذلك فرباط
الرجل نفسه هو أن يترك وطنه ويلزم ثغرا من الثغور المحفوفة لمعنى الحفظ وتكثير السواد وأما
من كان وطنه الثغر فليست اقامته به رباطا رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن يحبس نفسه
ويقوم لهذا الوجه خاصة فان أقام لغير ذلك فانه بمنزلة تضرع فانه لم يربط نفسه لمدا فعة العدو وليس

* وحدثني عن مالك عن
زيد بن أسلم عن أبي صالح
السمان عن أبي هريرة أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال الخيل لرجل أجر
ولرجل ستر وعلى رجل
وزر فأما الذى هى له أجر
فرجل ربطها في سبيل
الله فأطال لها في مرج أو
روضة فأصاب في طيلها
ذلك من المرج أو الروضة
كان له حسنات ولو أنها
قطعت طيلها ذلك فاستنت
شرفا أو شرفين كانت
آثارها وأرواها حسنات
له ولو أنها مرت بنهر
فشربت منه ولم يرد أن
يسقى به كان ذلك له
حسنات فهي له أجر ورجل
ربطها تغنيا وتعففا ولم
ينس حق الله في رقابها
ولا في ظهورها فهي لذلك
ستر ورجل ربطها فخرا
ورياء ونواء لأهل الاسلام
فهي على ذلك وزر وسئل
رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن الحر فقال لم ينزل
على فيها شيء الا هذه الآية
الجامعة الفادة فمن يعمل
مثقال ذرة خيرا يره ومن
يعمل مثقال ذرة شرا يره

كذلك رباط الخيل فان جمهور الناس يستغنى عن اتخاذها هذا الذي ذكره أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن من اختار المقام والاستيطان بالثغر وموضع الخوف للرباط خاصة وأنه لو لا ذلك لأمكنه المقام بغير ذلك من البلدان له حكم الرباط والله أعلم (مسئلة) اذا كان الثغر رباطا لموضع الخوف ثم ارتفعت المخافة لقوة الاسلام بذلك الموضع أو بعد العدو عنهم فان حكم الرباط يزول عنهم وقد سئل مالك عن جعل شيئا في سبيل الله أي جعله في جدة قال لا قيل له فانه قد كان بها خوف قال فانه قد ذهب (مسئلة) ورباط الخيل والنفس من عدة الجهاد وقد سئل مالك أيما أحب اليك الرباط أم الغارات في العدو قال أما الغارات فلا أدري كأنه كرهها وأما السير في أرض العدو على الاصابة يريد السنة فهو أحب الي ووجه ذلك انه كره الغارات لما كانوا يقصدون بها من أخذ الأموال ورماعلوا وأما السير في أرض العدو وهو الغزو على الاصابة للحق والسنة لتكون كلمة الله هي العليا ولا يغفل ويطيع الأمير في الحق فهو أفضل لان فيه زيادة على الرباط دخول أرض العدو وإهانتة وروى عن عبد الله بن عمر أنه قال فرض الله الجهاد لسفك دماء المشركين والرباط لحقن دماء المسلمين وحقق دماء المسلمين أحب الي من سفك دماء المشركين قال ابن حبيب وانما ذلك حين دخل في الجهاد ما دخل * قال القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندى والله أعلم أن يكون الخوف بثغر من الثغور قد اشتد حتى خيف على أهله من عدوهم فاستنفروا لادراك ذلك الثغر فان قصد ذلك الثغر حينئذ يكون أولى لان حقن دماء أهله أفضل من سفك دماء المشركين وأما أن يكون رجل من المسلمين يقصد ثغرا من الثغور للرباط فيه لالعدو يتربص بزو له ويترك الغزو الى بلاد العدو فقد ترك الأفضل لان دخوله الى أرض العدو نكابة فيهم وإهانة لهم وفيه مع ذلك حفظ للمسلمين لان نكابة العدو تضعفهم عن غزو المسلمين وقد قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه ما غزا قوم في عقر دارهم الا ذلوا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فأما الذي هي له أجر فرجل رباطا فذكر انه الربط في سبيل الله ثم وصف أن جميع تصرفها أجروا لم يكن غزو فان أطال لها في مرج أو روضة للرعى فان ما أصابت من ذلك يكون له حسنات وقوله صلى الله عليه وسلم ولو أنها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفا أو شرفين كانت آثارها وأرواها حسنات له يريد صلى الله عليه وسلم أن تصرف هذه الخيل وان كان بغير سببه يكون حسنات له ولذلك وصفها وألا ما كان بسببه من الاطالة لها في المرج والروضة ثم ذكر ما يكون بغير سببه ومن غير اختياره من قطع الطيل وهو ما أطال لها فيه من الحبل واستئان الشرف هو الجرى الى ما يعلو من الأرض ورأيت لبعض أهل اللغة أن الشرف والطلق واحد فيكون معناها على هذا جريها طلقا أو طلقين والله أعلم وذكرك بعد ذلك ما لم يرد فعله من أن تشرب من غير أن يريدها وأخبر أن ذلك كله حسنات له من رباطها وانما أتى بذلك والله أعلم ليستوعب أنواع تصرفها والله أعلم

(فصل) وقوله ورجل رباطا تغنيا وتعفيا يريد انه رباطا يستغنى بها ويعف عن السؤال وهو مع ذلك من قصده فيها لم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها يريد والله أعلم أن اتخاذها لهذا الوجه لا يسقط حق الله فيها فان ضيع حقوق الله فيها لم توصف بأنها ستر له خاصة لما يلحقه من المأثم والوزير بسببها وانما يوصف بذلك من لم يأثم باتخاذها لانه أدى حق الله تعالى في رقابها وظهورها والحقوق التي تتعلق لله برقابها أن تؤدي منها الحقوق اذا تعينت فيها باختصاصها بها أولضيق ذمته عنها.

واحتياجه الى أدائها من رقاب هذه الخيل وما يتعلق بذلك من ظهورها أن يتعين عليه فرض الجهاد
بها اذا دعت الى ذلك ضرورة وان لم يتخذها للجهاد الا أنه يتعلق بحق الله تعالى بها اذا تعين عليه
الجهاد بها ويتعين عليه حمل الضيف عليها اذا خاف عليه الهلكة ولم يجد محملا غيرها وما أشبه ذلك
من الحقوق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل ربطها فخرا ورياء ونواء لاهل الاسلام يريد أن يفتخر بها
ويراثي بها الاسلام وأما لو اقتصر بها على أهل الشرك ورثائهم بها لكان ذلك من باب الخير الذي
يرجو عليه الأجر وأما النواء فهو المقاومة على وجه العداوة من قولهم فلان ناوى فلانا اذا قاومه على
عداوة فمن اقتنى فرسا يفتخر بها على أهل الاسلام ويناوهم بها فهي عليه وزر والله أعلم

(فصل) وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجر يريد والله أعلم أن السائل له لم يعلم ان كان حكم
الجر حكم الخيل فيما ذكر من أنها الرجل أجز ول رجل ستر وعلى رجل وزر أو يكون مخالفا لحكم الخيل
في ذلك لانها لا تتخذ غالب الجهاد ولا تربط فيه وهي مما جرت العادة أن يناوى بها ولا يفتخر باقتنائها
ولا هي مما يتكسب بركوها وأن يكسب بالجل عليها كالابل والبغال فقال صلى الله عليه وسلم لم
ينزل على فيها شيء الا هذه الآية الجامعة الناذرة يريد والله أعلم انه لم ينزل عليه فيها من التقسيم والتفسير
ما نزل في الخيل لانها غير مشاركة لها في ذلك ولكنها داخله تحت قوله تعالى فمن يعمل مثقال ذرة
خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره والجر وان لم تبلغ مبلغ الخيل في الجهاد فقد يحمل عليها
راحته من لم يستطع اقتناء الخيل وعمل عليها زاده وسلاحه ويتكسب عليها ضعفاء الناس وأما
هي فيشتريها ويستعين بها أهل الشرك والبغي على غزو الاسلام فيوزرون بها فهذا مستفاد من
عموم الآية لان اقتناءها لا يخلو أن يكون من عمل الخير أو من عمل الشر وقد أخبر تعالى من عمل شيئا
منهما فإنه يراه وهذا يدل على التعلق بالعموم لأنه صلى الله عليه وسلم تعلق بعموم الآية واستفاد منه
حكما وهذا يدل على وجوب التعلق به لغة وشرعا وقوله صلى الله عليه وسلم الآية الجامعة يريد صلى
الله عليه وسلم العامة وقوله صلى الله عليه وسلم الفاذه يريد القليلة المثل في هذا الحكم يقال كلمة
فاذه وفذه أى شاذة ص مالمالك عن عبد الله بن عبد الرحمن بن معمر الانصاري عن عطاء بن
يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بخير الناس منزلة رجل أخذ بعنان فرسه
يجاهد في سبيل الله ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده رجل معتزل في غنيته يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة
ويعبد الله ولا يشرك به شيئا ش وقوله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بخير الناس منزلة وقد علم أنهم
يريدون ذلك على سبيل التنبيه لهم على الاصغاء اليه والاقبال على ما يخبر به والتفرغ لفهمه ويحتمل
أن يريد بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس منزلة أكثرهم ثوابا في الآخرة وأرفعهم درجة وقوله صلى
الله عليه وسلم رجل أخذ بعنان فرسه يجاهد في سبيل الله يريد والله أعلم أنه مواظب على ذلك وصفه
بأنه أخذ بعنان فرسه يجاهد في سبيل الله بمعنى أنه لا يخلو في الغلب من ذلك را كباله أو قائدا هذا
معظم أمره ومقصوده من تصرفه فوصف بذلك جميع أحواله وان لم يكن أخذ بعنان فرسه
في كثير منها

(فصل) وقوله ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده رجل معتزل في غنيته وصف رسول الله صلى الله عليه
وسلم أفضل المنازل ونص عليها ورغب فيها من قوى عليها وأخبر بعد ذلك بفضل من قصر عن هذه
المنزلة وضعف عنها فليس كل الناس يستطيع الجهاد ولا يقدر على أن يكون أخذ بعنان فرسه فيه

* وحديثي عن عبد الله
ابن عبد الرحمن بن معمر
الانصاري عن عطاء بن
يسار أنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه ألا
أخبركم بخير الناس منزلة
رجل أخذ بعنان فرسه
يجاهد في سبيل الله ألا
أخبركم بخير الناس منزلة
بعده رجل معتزل في
غنيته يقيم الصلاة ويؤتي
الزكاة ويعبد الله لا يشرك
به شيئا

ففي الناس الضعيف والكبير وذو العاهة والفقير ووصف صلى الله عليه وسلم هذا المعتزل في أنه في غنيته بلفظ التصغير إشارة والله أعلم إلى قلة المال وقد يكون اعتزاله ضعفا عن الجهاد وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في غزاة أن أفواما بالمدينة خلفنا ما سلكنا شعبا ولا واديا الا وهم معنا حبسهم العذر ويحتمل أن تكون له قوة على الجهاد ولكنه يؤمر مع الغنى عنه بالانقباض والاعتزال لما يرى أن ذلك أرفق به وأوفق له في دينه فهذا أقام الصلاة وآتى الزكاة وعبد الله تعالى فترلته بعد منزلة المجاهد من أفضل المنازل لأدائه الفرائض وإخلاصه لله العبادة وبعده عن الرياء والسمعة إذا خفي موضعه ولم يكن ذلك شهرة له ولأنه لا يؤذى أحدا ولا يذكره ولا تبلغ درجته درجة المجاهد لأن المجاهد يذب عن المسلمين ويجهاد الكافرين حتى يدخلهم في الدين يتعدى فضله إلى غيره ويكثر الانتفاع به وهذا المعتزل لا يتعدى نفعه إلى غيره ولو أن رجلا رأى أن الانقباض أسلم لدينه وأعدل لحاله ورأى أن نفسه أطوع له في الصلاة والزكاة فأقبل عليها لهذا المعنى لكان ذلك والله أعلم الحظ له فمن الناس من يجده نفسه أطوع له في الصلاة ومنهم من يجدها أطوع له في الجهاد ومنهم من يجدها أطوع له في غير ذلك من أبواب البر وإنما ذلك بحسب ما يفتح على الإنسان ويقسم له ص * مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرني عبادة بن الوليد بن الصامت عن أبيه عن جده قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في السر والعسر والمنشط والمكره وأن لا ننازع الأمر أهله وأن نقول أو نقوم بالحق حينما لا نثم * ش قوله رضى الله عنه بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أصل البيع في كلام العرب المعاوضة في الأموال ثم سميت معاوضة النبي صلى الله عليه وسلم ومعاودة المسلمين مبايعة بمعنى أنه عاوضهم بما ضمن لهم من الثواب عوضا عما أخذ عليهم من العمل قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون إلى قوله الفوز العظيم

(فصل) وقوله على السمع والطاعة السمع ههنا يرجع إلى معنى الطاعة ولعله أن يكون أصله الاصغاء إلى قوله والتفهم له يريد أن الذي شرط علينا السمع والطاعة لا وأمره ونواهيته على كل حال في حال اليسر وحال العسر ويحتمل أن يريد به يسر المال وعسره والتمكن من جيد الراحلة ووافر الزاد والاقتضار على أقل ما يمكن منهم والمنشط والمكره يريد وقت النشاط إلى امتثال أوامره ووقت الكراهية لذلك ولعله أن يريد بالمنشط وجود السبيل إلى ذلك والتفرغ له وطيب الوقت وضعف العدو ويريد بالمكره تعذر السبيل وشغل المانع وشدة الهواء بالحر والبرد وصعوبة السفر وقوة العدو

(فصل) وقوله وأن لا ننازع الأمر أهله يريد الامارة ويحتمل هذا أن يكون شرطاً على الأنصار ومن ليس من قريش أن لا ينازعوا فيه أهله وهي قريش ويحتمل أن يكون هذا مما أخذه على جميع الناس أن لا ينازعوا من ولاه الله الأمر منهم وان كان فيهم من يصلح لذلك الأمر إذا كان قد صار لغيره

(فصل) وقوله وان نقول أو نقوم شك من الراوى بالحق حينما كنا يريد أن يظهر والحق بالقول أو القيام به حيث كانوا من المواطنين والأما كن لا يمنعهم من ذلك مخافة ولا لومة لائم ص * مالك عن زيد بن أسلم قال كتب أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر بن الخطاب يذكر له جوعاً من الروم وما

* وحديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرني عبادة بن الوليد ابن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في السر والعسر والمنشط والمكره وان لا ننازع الأمر أهله وان نقول أو نقوم بالحق حينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم * وحديثي عن مالك عن زيد بن أسلم قال كتب أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر بن الخطاب يذكر له جوعاً من الروم وما

يتخوف منهم فكتب اليه عمر رضي الله عنه أما بعد فإنه مما تنزل بعبد مؤمن من منزل شدة يجعل الله بعده فرجا وأنه لن يغلب عسر يسرين وأن الله جل ثناؤه يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون ﴿ ش قوله كتب أبو عبيدة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا كان أمير المؤمنين يستشير فيما يفعله لما فجا المسلمين من جوع الروم ويعلم ما يتقى منهم ويخاف من ضعف مسلمي الثغور عنهم فكتب إليه عمر رضي الله عنه بما ذكر في الحديث يريد أن عاقبة المؤمنين إلى النجرج وقوله رضي الله عنه فإنه لن يغلب عسر يسرين قيل إن وجه ذلك أنه لما عرف العسر اقتضى استغراق الجنس فكان العسر الأول هو الثاني من قوله تعالى فإن مع العسر يسرا ولما كان اليسر منكرا كان الأول منه غير الثاني وقد أدخل البخاري في تفسير سورة ألم نشرح لك بآثر قوله تعالى إن مع العسر يسرا كقوله تعالى قل هل تربصون بنا إلا إحدى الحسنيين ﴿ فهذا يقتضي أن اليسر ين عند الظفر بالمراد والأجر فالعسر لا يغلب هذين اليسرين لأنه لا بد أن يحصل للمؤمن أحدهما ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عند وجه ظاهر (فصل) وقوله رضي الله عنه فإن الله عز وجل يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون وذكرهم هذه الآية ونههم عليها لما تضمنت جميع ما يحتاجون إليه من الأمر بالصبر ومداومته وهو قوله وصابروا والأمر بالباط هو المقام بالثغر وسده والذب عنه وعن أهله

﴿ النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو ﴾

يتخوف منهم فكتب اليه
عمر بن الخطاب أما بعد
فإنه مما ينزل بعبد مؤمن
من منزل شدة يجعل الله
بعده فرجا وأنه لن يغلب
عسر يسرين وأن الله
تعالى يقول في كتابه يا أيها
الذين آمنوا اصبروا
وصابروا ورابطوا واتقوا
الله لعلكم تفلحون

﴿ النهي عن أن يسافر
بالقرآن إلى أرض العدو ﴾
حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أنه قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم أن
يسافر بالقرآن إلى أرض
العدو قال مالك وإنما ذلك
مخافة أن يناله العدو

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو قال مالك وإنما ذلك مخافة أن يناله العدو ﴿ ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو يريد والله أعلم المصحف لما كان القرآن مكتوبا فيها ساء قرآن ولم يرد ما كان منه محفوظا في الصدر لأنه لا خلاف أنه يجوز لحافظ القرآن الغزو وإنما ذلك لأنه لا إهانة للقرآن في قتل الغازي وإنما الإهانة للقرآن بالعبث بالمصحف والاستخفاف به وقد روى مفسر أنه نهى أن يسافر بالمصحف رواه عبد الرحمن بن مهدي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يسافر بالمصحف إلى أرض العدو مخافة أن يناله العدو (فصل) والسفر اسم واقع على الغزو وغيره قال ابن سحنون قلت لسحنون أجاز بعض العراقيين الغزو بالمصحف إلى أرض العدو في الجيش الكبير كالطائفة ونحوها وأما السرية ونحوها فلا قال سحنون لا يجوز ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك عاما ولم يفصل وقدينا له العدو من ناحية الغفلة والدليل على صحة ما ذهب إليه سحنون أنه لا قوة فيه على العدو وليس مما يستعان به على حربه وقدينا له لشغل عنه كما قال سحنون وقدينا له بالعلبة أيضا (مسألة) ولو أن أحدا من الكفار رغب أن يرسل إليه بمصحف يتدبره لم يرسل إليه به لأنه نجس جنب ولا يجوز له مس المصحف ولا يجوز لأحد أن يسلمه إليه ذكره ابن الماجشون وكذلك لا يجوز أن يعلم أحد من ذراريهم القرآن لأن ذلك سبب لتمكنهم منه ولا بأس أن يقرأ عليهم احتجاجا عليهم به ولا بأس أن يكتب إليهم بالآية ونحوها على سبيل الوعظ كما كتب النبي صلى الله عليه وسلم إلى ملك الروم يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم

(فصل) وقوله مخافة أن يناله العدو يريد أهل الشرك لأنهم ربما تمكنوا من نيله والاستخفاف به فلاجل ذلك منع السفر به إلى بلادهم

﴿ النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن ابن لكعب بن مالك قال حسبته أنه قال عن عبد الرحمن بن كعب أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان قال فكان رجل منهم يقول برحمتنا امرأة ابن أبي الحقيق بالصباح فأرفع السيف عليها ثم أذكر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكف ولولا ذلك استرحنا منها ﴾ ش قوله نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان يريد حين أنفذهم لقتله فقتله عبد الله بن عتيك ونهيه هذا عن قتل النساء والولدان أصل في المنع من ذلك وسيرد بعد هذا مفسرا وقوله برحمتنا يريد أظهرت أمرنا بصباحها فكان يمنع قتلها إذا رفع عليها السيف ما يذكر من نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان ولولا ما يذكره من ذلك النهي لقتلها فاستراحوا منها وهذا يدل على التعلق بالعموم لأنه أجرى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمومته في سائر الحالات ولم يقصره على القصد إلى ذلك دون الحاجة إليه والذي يظهر من مذهب أصحابنا أنه لا يقتل المرأة إذا جرى منها مثل هذا من الأذى بالصباح وقد قال ابن سحنون لا يقتل النساء في الحراسة خلافا للرواية في قوله يقتلن في الحراسة ووجه ذلك أن الحراسة على الأسوار والحصون ليست من باب المدافعة وهذا مما يمكن النساء والصبيان فعله كالنظر والمراعاة ولا يستباح قتل هذين الصنفين ولكن يستباح قتلهم بالقتال والمدافعة التي ينفرد بها الرجال غالبا ص ﴿ مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة فأنكر ذلك ونهى عن قتل النساء والصبيان ﴾ ش قوله رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة فأنكر ذلك يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم علم من حال تلك المرأة أنها لم تقا تل ويحتمل أن يكون حمل أمرها على المعهود من حال النساء في بعدهن عن القتال والمنعة وقد روى رباح بن ربيع قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء فقال امرأة مقتولة فقال ما كانت هذه لتقاتل قال وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال خالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا فهذا يقتضي أن المنع من قتل النساء والصبيان لأنهم لا يقاتلون وفيه معنى آخر أنهن من الأمور التي يستعان بها على العدو وينتفع بهادون مخافة منهن فاما أن قاتلوا فانهن يقتلن لأن العلة التي منعت من قتلهم عدم القتال منهن فإذا وجد منهن وجدت علة أباحه قتلهم لأن الحاجة داعية إلى دفع مضرتهن وإزالة منعهن الموجود في الرجال (مسئلة) وهذا إذا قاتلن بالسلاح والرمح وشبهه وأما الرمي بالحجارة فهل يبيع قتلهم أم لا قال ابن حبيب لا يستباح بذلك قتلهم ورواه ابن نافع عن مالك ووجه ذلك أن مضرة هؤلاء ضعيفة وغناهن عن قومهن قليل فلا حاجة بنا إلى قتلهم ومنع الانتفاع بهن وقال سحنون يرمين المسلمون بالحجارة وإن قتلن في ذلك ووجه ذلك قوله تعالى ولمن انتصر بغنظمه فأولئك ما عليهم من سبيل (فرع) فإذا قلنا تعجب مقاتلتهن ولم يستطع عليهن الأبعد أسرهن فهل يقتلن اختلف أصحابنا في ذلك فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انهن يقتلن وفي كتاب ابن سحنون لا يقتلن بعد الأسر وجه الرواية الأولى انهن بالقتال قد استصقن القتل ولا

﴿ النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن ابن لكعب بن مالك قال حسبته أنه قال عن عبد الرحمن بن كعب أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان قال فكان رجل منهم يقول برحمتنا امرأة ابن أبي الحقيق بالصباح فأرفع السيف عليها ثم أذكر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكف ولولا ذلك استرحنا منها * وحدثني عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة فأنكر ذلك ونهى عن قتل النساء والصبيان

يسقط ذلك عنهم بالأسر كما لو قتل أحد من المسلمين ووجه الرواية الثانية أنهم ممن يقر على غير
 جزية فلم يجز قتلهم بالأسر كما لم يقتل ص * مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر الصديق رضي
 الله عنه بعث جيوشا إلى الشام فخرج يمشي مع يزيد بن أبي سفيان وكان أمير ربع من تلك الأرباع
 فرموا أن يزيد قال لأبي بكر أما أن تتركب وأما أن أنزل فقال أبو بكر ما أنت بنازل وما أنا برا كبا
 أحسب خطاي هذه في سبيل الله ثم قال له أنك ستجد قوما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما
 زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له وسيحبس قوما فخصوا عن أوساط رؤسهم من الشعر فاضرب ما يخصوا
 عنه بالسيف واني موصيك بعشر لا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرا ولا تقطعن شجرة مثرا ولا
 تخربن عامرا ولا تعقرن شاة ولا بعيرا إلا لما كلة ولا تحرقن نخلا ولا تفرقنه ولا تغلل ولا تبجن * ش
 قوله أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه بعث جيوشا إلى الشام فخرج يمشي مع يزيد بن أبي سفيان
 يحتمل أنه خرج معه على سبيل البر له والتشييع فيكون ذلك سنة في تشييع الخارج إلى الغزو والحج
 وسبل البر وأضاف مشيه إلى يزيد بن أبي سفيان أما لأنه اختص بمباشته والقرب منه والمكاملة له وأما
 لأنه كان خروجه بسببه فقال خرج مع يزيد يشيعه بمعنى أنه قصد بخروجه تشييعه وإن لم يخرج جامعا
 (فصل) وقوله فرموا أن يزيد قال لأبي بكر أما أن تتركب وأما أن أنزل على معنى الأكرام لأبي بكر
 والتواضع له لدينه وفضله وخلافته لثلاث كون حاله في الركوب أرفع من حاله في المشي وقول أبي بكر
 الصديق رضي الله عنه ما أنت بنازل وما أنا برا كبا إني احتسبت خطاي هذه في سبيل الله يزيدان
 قصده بالمشي في تشييعهم ووصيتهم حسبة في سبيل الله تعالى فاعله أراد الفرق به والتقوية له لما يلقاه من
 نصب العدو وتعب السفر ولقاء العدو ومقاومته وأبو بكر رضي الله عنه لا يلقى شيئا من ذلك فلم يحتاج
 من التقوى والترفع ما يحتاج إليه يزيد

(فصل) وقوله رضي الله عنه أنك ستجد أقواما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما زعموا أنهم
 حبسوا أنفسهم له يريد الرهبان الذين حبسوا أنفسهم عن مخالطة الناس وأقبلوا على ما يدعون من
 العبادة وكفوا عن معاونة أهل ملتهم برأى أو مال أو حرب أو أخبار بخبر فقول لا يقتلون سواء كانوا
 في صوامع أو ديار أو غيران لأن هؤلاء قد اعتزلوا الفريقين وعفوا عن معاونة أحدهما (مسئلة)
 وأما رهبان الكنائس فقال ابن حبيب يقتلون لأنهم لم يعتزلوا أهل ملتهم وهم مداخون لهم بحيث
 لا يمكن أن تعرف سلامتهم من معونتهم (مسئلة) ولا يسي الرهبان ولا يخرجون من صوامعهم بل
 يتركون على حالهم خلافا للشافعي في قوله يسبون ويسترقون لقول أبي بكر رضي الله عنه فدعهم وما
 زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له وهذا يقتضي إبقاءهم على حالهم فإن كان للرهبان أموال فروى ابن نافع
 عن مالك في الراهب له الغنمة والزرع في أرض الروم أنه لا يعرض له وذلك يسير ولا يعرض لبقرة
 ولا لغنم إذا عرف أنها له ولذلك وجه يعرف وما أدري كيف يعرف هذا وقال سحنون إن معنى ذلك
 من قول مالك إذا كان قليلا قدر عيشه وأما ما جاوز ذلك فلا يترك له وجه قول سحنون إن في
 استئصال ماله قتله أو أنزاله عن موضعه وقتقدم أن ذلك غير جائز فلا بد أن يترك له ما يكفيه وما زاد
 عليه فلا حاجة له إليه فلا يترك له

(فصل) وقوله رضي الله عنه وستجد أقواما فخصوا عن أوساط رؤسهم يريد حلقوا أوساط رؤسهم
 قال ابن حبيب يعني الشمامسة فأمره أن يضرب ما يخصوا عنه بالسيف يريد بذلك قتلهم ولم يرد ضرب
 ذلك الموضع خاصة وذلك كقوله تعالى اذ يوحى ربك إلى الملائكة أني معكم فثبتوا الذين آمنوا سألني

* وحدثني عن مالك عن
 يحيى بن سعيد أن أبا بكر
 الصديق بعث جيوشا إلى
 الشام فخرج يمشي مع
 يزيد بن أبي سفيان وكان
 أمير ربع من تلك الأرباع
 فرموا أن يزيد قال لأبي
 بكر أما أن تتركب وأما أن
 أنزل فقال أبو بكر ما أنت
 بنازل وما أنا برا كبا إني
 احتسب خطاي هذه في
 سبيل الله ثم قال له أنك
 ستجد قوما زعموا أنهم
 حبسوا أنفسهم لله فدعهم
 وما زعموا أنهم حبسوا
 أنفسهم له وستجد قوما
 فخصوا عن أوساط رؤسهم
 من الشعر فاضرب ما
 يخصوا عنه بالسيف واني
 موصيك بعشر لا تقتلن
 امرأة ولا صبيا ولا كبيرا
 هرا ولا تقطعن شجرة
 مثرا ولا تخربن عامرا
 ولا تعقرن شاة ولا بعيرا
 إلا لما كلة ولا تحرقن نخلا
 ولا تفرقنه ولا تغلل ولا
 تبجن

في قلوب الذين كفروا الرعب فاضربوا فوق الأعناق واضربوا منهم كل بنان وأما ضرب أو ساط رؤسهم بالسيف فلا يجوز ذلك الا قبل الأسر لهم في نفس الحرب وأما بعد أسرهم والتمسك منهم فلا ينبغي أن يمثل بهم ولا يعذب في قتلهم ولكن تضرب أعناقهم صبرا الا أن يكونوا قد فعلوا بالمسلمين على وجه التمثيل فيعمل بهم مثله قال الله تعالى وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به

(فصل) لم يذكر في هذا الحديث تقديم الدعوة والمشركون في ذلك على ضربين طائفة قد بلغتهم الدعوة وطائفة لم تبلغهم فأما من بلغته الدعوة فروى عن مالك تلحقس غرتهم ويقاتلون دون تقديم دعوة الى الاسلام وهذه رواية العراقيين عن مالك وفي المدونة روايتان عن مالك قال ابن القاسم لا يبيتوا غزوناهم نحن أو أقبلوا الينا غزاة في بلادنا حتى يدعوا قال وقد قال مالك أيضا الدعوة ساقطة عن قارب الدار لعلمهم بما يدعون اليه وأما من شك في أمره نخيف أن لا تبلغه الدعوة فان الدعوة أقطع للشك وأنزه للجهاد يبلغ بك وبهم ما بلغ وقال أبو حنيفة ان بلغتهم الدعوة فحسن أن يدعوا قبل القتال وان لم تبلغهم الدعوة لم يبتدوا بالقتال حتى يدعوا وقال الشافعي لأعلم أحدا من المشركين لم تبلغه الدعوة الا أن يكون خلف الذين يقاتلون قوم من المشركين خلف الخزر والترك لم تبلغهم الدعوة فلا يقاتلوا حتى يدعوا الى الايمان وجه الرواية الأولى ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث محمد بن مسلمة وأبانة الى كعب بن الاشرف وابن أبي الحقيق فينتو هما غارين وقتلوهما ولم يقدمادعوة حين قتلاهما ومن جهة المعنى ما خرج به في المدونة انه قد تقدم علمهم بما يدعون اليه وعادوا الدين وأهله والدعوة لا تحدث لهم إلا تحذيرا وانذارا وهم مع ذلك يطلبون الغرات والعورات فيجب أن يلتمس منهم ويؤخذوا بها * قال القاضي أبو الحسن وعلى كل حال فيستحب أن يدعوا الى الايمان قبل القتال ووجه الرواية الثانية ما روى أن علي بن أبي طالب قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا فقال صلى الله عليه وسلم انفذتم ادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله فوالله لان يهدي الله بك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم ومن جهة المعنى ان هذا حرب للمشركين فلزم أن يتقدم بالدعوة كغير العالمين لان تجديد الدعوة قد يكون فيها من التذكير بالله والايمان به ما لم يكن فيما تقدم (فرع) اذ اثبت ذلك فان هذا حكم الروم وأما القبط فقد قرن مالك بينهم وبين الروم فقال لا يقاتلوا ولا يبيتوا حتى يدعوا ولا ترضى الدعوة بلغتهم وكذلك الفرائزة قال القاضي وهم جنس من الحبشة قال ولم ير مالك بلوغ الدعوة غرة فيهم ووجه ذلك انهم قد استعملوا الكف عن المسلمين ولم يعاجلوا بالحاربة ولا استعملوا طلب الغرة فلم يكن في تقديم الدعوة وجه مضره وكذلك اذا كان المسلمون ظاهرين ولم يكن في تقديم الدعوة لمن قد بلغته وجه مضره فان الدعوة ثابتة في حقهم ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتقديم الدعوة على محاربة أهل خيبر وقد تقدم علمهم بما يدعوا النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلاف في ذلك لطول المدة وقرب المسافة (فرع) فان عوجل أحد من لم تبلغه الدعوة فقتل قبل أن يدعى الى الايمان فقد قال أبو حنيفة لادية فيه وقال الشافعي الدية على عاقلة القاتل قال القاضي أبو الحسن ولست أعرف لمالك فيه نصا ولا أظهر عندي قول أبي حنيفة قال والدليل على ذلك ان من أصلنا ان المسلم اذا أقام بدار الحرب مع القدرة على الخروج ثم قتل خطأ لم تكن فيه دية الكافر منهم أولى الا أن تكون فيه دية قال وأيضا فانه ليس فيه أكثر من اننا ممنوعون من قتله وذلك لا يوجب فيه دية لكونه في دار الحرب كقتل نساءهم وذرارهم وكذلك الرهبان والشيخ الفاني

(فصل) وقوله رضى الله عنه انى موصيك بعشر خلال لا تقتلن امرأة ولا صبيا على حسب ما تقدم من المنع من قتل النساء والصبيان وان الصبي هو الذى لم يحتلم ولم ينبت فان أثبت ولم يحتلم فهل يقتل أم لا اختلف أصحابنا فى ذلك فقال أكثرهم يقتل وقال ابن القاسم لا يقتل حتى يحتلم وجه القول بالقتل ما روى عن عطية القرظى انه قال عرضنا على النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من أثبت مناقض ومن لم ينبت خلى سبيله فكنت فممن لم ينبت فخلى سبيلي ومن جهة المعنى ان الاحتلام انما يتعلق به حقوق البارى تعالى وأما حقوق الآدميين فالأحكام التى تنفذ بين الناس فلا يجوز أن تتعلق بالاحتلام لانه أمر لا يدري ويمكن كتمانها ودعاؤه وانما يجب أن يتعلق ذلك بأمر يظهر ويمكن معرفته بالنظر اليه وهو الانبات على انه فى الأغلب لا يتأخر عن الاحتلام ولا يتقدم عليه بكثير مدة وأكثر ما يكون مقارناله والله أعلم

(فصل) وقوله رضى الله عنه ولا كبير اهرما يريد الشيخ الهرم الذى بلغ من السن ما لا يطيق القتال ولا ينتفع به فى رأى ولا مدافعة فهذا مذهب جمهور الفقهاء الا انه لا يقتل وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعى قولان أحدهما مثل قول الجماعة والثانى يقتل هو والراهب والدليل على ما نقوله قول أبى بكر رضى الله عنه هذا ليزيد بن أبى سفيان ولا مخالف له ثبت انه اجماع ومن جهة القياس ان هذا ممن لا يقاتل ولا يعين العدو بمنع دائم فلا يجوز قتله كالمرأة (مسألة) اذا ثبت ذلك فان المشرىكين على ضربين أحدهما ممن لا يخاف منه مضرة ولا معونة برأى ولا مال كالراهب والشيخ الفانى فهذا قد تقدم حكمه والضرب الثانى أن يكون ممن تخشى مضرته فيكون فيه المعونة بالحرب أو الرأى أو المال فهذا اذا أسرى يكون الامام مخيرا فيه بين خمسة أشياء أن يقتله أو يفادى به أو يمن عليه أو يسترقه أو يعقده الذمة على أداء الجزية فأما الاسترقاق وعقد الذمة فلا خلاف نعلمه فى جوازهما وأما القتل فحكى القاضى أبو الحسن انه لا خلاف فى جوازه وحكى القاضى أبو محمد عن الحسن المنع من ذلك وانه قال اصنع كما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم بأسارى بدر يمن عليه أو يفاديه والدليل على جواز ذلك قوله تعالى ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض ودليلنا من جهة السنة تواتر الاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم يقتل عقبة بن أبى معيط والنضر بن الحارث من أسارى بدر ومن جهة المعنى انه ليس فى الأسير حقن للدم وانما يحقن الدم بعقد الأمان (مسألة) وأما المن أو المفاداة فانه جائز عند جمهور الفقهاء وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز المن ولا المفاداة وحكى هذا القول عن أصحاب الشافعى غير انهم قالوا لا يفادى بمال وهذا القول فى المفاداة انما هو لسخون والدليل على صحة جواز المن والمفاداة قوله تعالى فاذا لقيتم الذين كفروا فاضرب الرقاب حتى اذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فاماننا بعدوا فاماننا حتى تضع الحرب أوزارها ودليلنا من جهة السنة ما نظا فريت الاخبار به من مفاداة أهل بدر ودليلنا من جهة القياس ان هذا قتل يجوز تركه الى غير بدل فجاز تركه الى بدل كالتقصاص (مسألة) اذا ثبت ذلك فان الامام يجب أن ينظر فى ذلك بحسب الاجتهاد فمن علمت شجاعته واقدامه أو رأيه وتديره فالأولى قتله ومن لم يكن بهذه الصفة وكان صانعا أو عسيفا فالأفضل استبقاؤه ومن رضى اسلامه والانتفاع به فالأولى أن يمن عليه ومن كان غناؤه عنهم قليلا وأخذ عنه عوض نافع من مال أو أسير من أسرى المسلمين فودى

(فصل) وقوله رضى الله عنه ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تخربن عامرا هذا على ضربين أما ما كان من البلاد مما يرجى أن يظهر عليه المسلمون فانه لا يقطع شجره المثمر ولا يخرب عامره

لما يرجى من استيلاء الاسلام عليه وانتفاعهم به وما كان بحيث لا يرجى مقام المسلمين به لبعده
وتوغله في بلاد الكفر فانه يخرب عامره ويقطع شجره المثمر وغيره لان في ذلك اضعافا لهم وتوهينا
واتلافا لما يتقون به على المسلمين قال ابن حبيب قال مالك وأصحابه انما نهى الصديق عن ائتراب
الشام لانه علم مصيرها للمسلمين وأما ما لا يرجى ظهورهم عليه فغراب ذلك مما ينبغي قال ابن حبيب
هو الصحيح وقد حرق النبي صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير

(فصل) وقوله ولا تعقرن شاة ولا بعيرا الا لما كلة وهذا أيضا على ضربين أحدهما أن يكون
الابل والغنم فيستطيع المسلمون أن يخرجوا بها ويتمولوها فلا تعقر الحاجة ويحتمل أن يريد
بالعقر الذبح والنحر فيقول لا يسرع بذبحها ونحر ابلها الا لحاجتهم الى أكلها فأما على وجه السرف
والافساد أو على وجه التمول والاخراج للبيع الى بلاد المسلمين فلا ويحتمل أن يريد بالعقر الحبس
لما شرد منها بالعقر الذي يحبس ما ندو شرد ولا تبلغ مبلغ القتل فيقول ما شرد عليكم فلا يمكنكم
ركوبه واستعماله فلا ترموه ولا تعقروه وليكن في جملة ما يساق من الابل ولا تعقروه على الوجه
المذكور الا لحاجتكم الى أكله فاحبسوه بالعقر ثم ذكوه بعد التمكن منه بالنحر (مسألة)
والضرب الثاني من الابل والغنم ما يعجز المسلمون عن اخراجه فانه يقتل أو يعقرو وهو الذي غناه
بقوله المروى عنه في كتاب ابن المواز ولا بأس أن يعقرو غنمهم وبقرهم وان لم يحتج الى ذلك لان في ترك
ذلك تقوية للعدو وفي اتلافه اضعافا لهم فان كانوا من يأكل الميتة فالصواب أن تحرق بعد العقر ان
أمكن ذلك ليبطل انتفاعهم بها وبالله التوفيق فعلى هذا يحمل قول أبي بكر رضي الله عنه على
ما يمكن اخراجه وجملة ابن وهب على عمومها فقال لا يجوز قتل شيء من الحيوان الا لما كلة (مسألة)
وأما دوابهم وخيلهم وبغالهم وجرهم فانها تعقر اذا عجز عن اخراجها والانتفاع بها لم يختلف في ذلك
أصحابنا غير ابن وهب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز عقرها وبه قال ابن وهب من أصحابنا
ولكن تخلى والدليل على ما نقلوه ان هذه أموال باقية يتقوى بها العدو فجاز اتلافها عليهم كالزرع
القائم والشجر المثمر (فرع) واختلف أصحابنا في صفة العقر فقال المصريون من أصحاب مالك
تعرق وتذبح أو يجز عليها وقال المدنيون من أصحابه يجز عليها وكرهوا أن تذبح أو تعرق قال
ابن حبيب وبه أقول لان الذبح مثله والعرق تعذيب وهذا الذي قاله ابن حبيب ليس بين لان الذبح
لم يكره في الخيل لانه مثله وانما كره لانه ذريعة الى اباحة أكلها قال أصحابنا يضرب عنقه وتبقر
بطنه فأما العرق فانه تعذيب على ما ذكره والصواب الاجهاز عليه بوجه يمنع أكله عند من قال
بذلك ووجه ما حكاه عن البصريين أنه ربما اضطر اليه أحد من المسلمين فيكون أولى من الميتة
وكذلك ما وقف من خيل المسلمين ببلد العدو فحكمه عند مالك وأصحابه ما ذكرناه في خيل العدو
وأما سائر الأموال مما ليس بحيوان فان عجز عنه أحرق ولم يترك طعاما كان أو غيره

(فصل) وقوله ولا تحرقن نخلا ولا تعرقنه يريد ذباب النخل لا يحرق بالنار ولا يفرق في ماء
واختلف قول مالك فيما لا يقدر على اخراجه من ذلك فروى ابن حبيب عن مالك يحرق ويفرق وروى
عن مالك انه كره ذلك وجه الرواية الاولى انه لا طريق الى اتلافها الا بذلك واتلافها أمور به لانها بما
يقوى به العدو فاذا لم يكن اتلافها الا بالنار توصل اليه بها كالفار من العدو ووجه الرواية الثانية
ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال قرصت نمل بنيان الانبياء فأمر بقريته من النمل فأحرقت
فأوحى الله اليه أن قرصت نملهم فأحرقت أمة من الامم تسبح وهذا ما لم تدع الى ذلك حاجة كل فان

احتاج الى ذلك ولم يمكنه دفعها الا بتعريضها أو تعريضها فعمل من ذلك ما يتوصل به الى ما يتناول ما في جباها وبالله التوفيق

(فصل) وقوله رضى الله عنه لا تغل ولا تجبن الغلول أن يأخذ من الغنمية بعض الغانمين ما لم تصبه المقاسم وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى والجن الجزع والفرار عن لا يجوز الفرار عنه وهو من الكبار عند ابن القاسم وأكثر أصحابنا وقال الحسن البصري لم يكن الفرار من الزحف كبيرة الا يوم بدر والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذ القيتم فئسة فائتوا واذكروا الله كثيرا عليكم تفلحون وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذ القيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار الآية (مسئلة) اذ ثبت ذلك فقد اختلف الناس في المعنى المراعى في جواز الفرار عن العدو في الحرب فالذى عليه جمهور أصحابنا العدد وبه قال ابن القاسم وروى ابن الماجشون عن مالك انه قال الجلد وهو السلاح والقوة وجه قول ابن القاسم قوله تعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين الآية ثم قال بعد ذلك الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم صابرة يغلبوا مائتين وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين (مسئلة) وهذا اذا أمن أن يكثر وأقام في بلادهم وحيث يخاف تكاثرهم فان للعدو اليسير أن يولوا عن مثلهم لان فرارهم ليس عن العدد اليسير وانما هو مخافة أن يكثروا وكذلك ان فرعدد من المسلمين عن مثلهم من العدو بحيث لا يجوز لهم الفرار وكان منهم من لا يريد ذلك فان له اذا انهزم أصحابه ويثس منهم أن يولى حينئذ لان توليه انما هو عن جماعة العدو وانحيازاً الى أصحابه وقد فعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ومن ثبت معه يوم أحد حين انهزم المسلمون ويثس من رجعتهم انحاز في آخرهم الى المسلمين ص. مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عامل من عماله انه بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث سرية يقول لهم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام عليك * ش قوله رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية السرية من يدخل دار الحرب مستخفيا والجيش من يدخل معلنا وظاهر ما غالباً وليس لعدد واحد وقد روى خير الصحابة أربعة والطلائع أربعون وخير السرايا أربعة وخير الجيوش أربعة آلاف ولن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة ولا تبين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله على معنى تبين ما يفارقهم عليه وتذكيرهم بتحقيق النية عند ابتداء العمل وقوله صلى الله عليه وسلم لا تغلوا يريد الغلول وسيرديانه ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم لا تغدروا والغدر هو نقض العهد وترك الوفاء للمشركين وغيرهم وذلك مما لا خلاف في المنع منه وقد روى ابن عمر سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول لكل غادر لواء ينصب له يوم القيامة بغدرته (مسئلة) والتأمين على ضربين أحدهما أن يؤمن العدو بحيث القوة للمسلمين فهذا لا يجوز الغدر به ولا خلاف في ذلك والثاني أن يؤمنهم الاسير في أيديهم ابتداء أو يطلقوه من التقاف بشرط ذلك وذلك يتناول أحد أمرين أحدهما أن يؤمنهم على أنفسهم وسيأتي بيان ذلك ان شاء الله والثاني أن يؤمنهم من فراره وأخذ شيء من أموالهم فان آمنهم من فراره لم يمتهم الوفاء به قاله ابن القاسم وقال سفيان الثوري له أن يفر والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان هذا انما هو اذا عاهدكم مختاراً للعهد وأما أن أكره عليه فانه لا يلزمه الوفاء به ويجوز له الفرار

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عامل له من عماله انه بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث سرية يقول لهم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام عليك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ولا تمثلوا يدا العيث في تتلهم بقطع الايدي والارجل وفقء العين وقطع الاذان وانما يقتل من أسر منهم بضرب الرقاب وأما ما روى من ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالعربيين الذين قتلوا رعاء النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا نعمة فأمر بهم النبي صلى الله عليه وسلم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم فانه روى سلمان التميمي عن أنس انهم كانوا فعلا بالرعاء مثل ذلك ومثل هذا يجوز من مثل بمسلم أن يمثل به على سبيل القصاص والمقارضة على فعله (مسئلة) وهذا في قتلهم بعد الاستيثاق منهم فأما في الحرب فانهم على ضربين أحدهما أن يضعف المشرك عن المحاربة ويستسلم فهذا يجوز قتله بالطعن والضرب دون التمثيل ولا التعذيب والضرب الثاني أن يكون مقاتلا ومدا فعا فهذا يجوز أن يتوصل الى اذيته بكل ما يمكن بما فيه تمثيل وغيره

(فصل) وقوله رضى الله عنه وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام انما خص الامير بهذه الوصية ثم أمره أن يوصي بها من ينفعه من الجيوش والسرايا لانه هو الذي يطاع أمره فاذا أمر بذلك من ينفعه امتثل أمره وبالله التوفيق

﴿ ماجاء في الوفاء بالامان ﴾

ص ﴿مالك عن رجل من أهل الكوفة ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى عامل جيش كان بعثه انه بلغني أن رجالا منكم يطلبون العليج حتى اذا أسند في الجبل وامتنع قال رجل مطرس يقول لا تخف فاذا أدركه قتله واني والذي نفسي بيده لا أعلم مكان أحد فعل ذلك الا ضربت عنقه ﴾ قال مالك ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العمل ﴿ش قوله رضى الله عنه انه بلغني ان رجالا منكم يطلبون العليج يريدونهم فليتبعونه حتى اذا أسند في الجبل يريد صار في سنده وامتنع فيه ممن طلبه قال له مطرس وهذه لفظة فارسية تقول الفرس مطرس أى لا تخف فاذا أدركه قتله فانكر عمر رضى الله عنه قتله بعد أن آمن لانه نقض لما عقده من التأمين وقد أمر الله تعالى بأن يوفى بالعهد فقال يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وقال عز وجل وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم وفي التأمين خمسة أبواب ﴿ الباب الأول في صفة التأمين ﴾ الباب الثاني في وقت التأمين ﴾ الباب الثالث في صفة المؤمن ﴾ الباب الرابع فيما ثبت به التأمين ﴾ الباب الخامس في مقتضى التأمين ﴿ الباب الأول في صفة التأمين ﴾

التأمين لازم لكل لسان عربيا كان أو غيره سواء فهمه المؤمن أو لم يفهمه والاعتبار فيه بأحد الجانبين فان أراد المؤمن التأمين ولم يفهمه الحربى فقد لزم الامان وكذلك ان أراد به المؤمن منع الامان فظن الحربى انه أراد التأمين فقد لزم من الامان أن لا يقتله بذلك الاستسلام وحكم الاشارة في ذلك حكم العبارة والكنية لان التأمين انما هو معنى في النفس فيظهره تارة بالنطق وتارة بالكنية وتارة بالاشارة فكل ما بين به التأمين فانه يلزم كالكلام

﴿ الباب الثاني في وقت التأمين ﴾

التأمين لازم ما لم يكن الحربى مأسورا أو في حكم المأسور ممن تيقنت غلبته وظهر الظفر به فأما المأسور فأمره الى الامام فليس لغيره الاقتيات عليه فيه كما أنه ليس لغير الامام استرقاقه ولا عقد الذمة له كذلك ليس له تأمينه والمن عليه ولو أشرف المسلمون على أخذه حصن وتيقن أخذه فأمن أهله رجل من المسلمين كان للامام رد تأمينه قاله سحنون لان حق المسلمين قد تعلق بهم فليس لهذا

﴿ ماجاء في الوفاء بالامانات ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن رجل من أهل
 الكوفة أن عمر بن الخطاب
 كتب الى عامل جيش كان
 بعثه انه بلغني ان رجالا
 منكم يطلبون العليج حتى
 اذا أسند في الجبل وامتنع
 قال رجل مطرس يقول
 لا تخف فاذا أدركه قتله
 واني والذي نفسي بيده
 لا أعلم مكان واحد فعل ذلك
 الا ضربت عنقه قال يحيى
 سمعت مالك يقول ليس
 هذا الحديث بالمجتمع عليه
 وليس عليه العمل

المؤمن ابطاله ولو تقدم الامام بمنع التأمين ثم تعدى بعد ذلك رجل من المسلمين فأمن أحدا كان للامام رد تأمينه ورد الحرب الى ما كان عليه قبل الامان ان لم يعلموا منع الامام وان علموا

﴿ الباب الثالث في صفة المؤمن ﴾

المؤمنون على ضربين آمن وخائف فاما الآمن فاذا اجتمعت له صفات الامان وهي خمسة المذكورة والحرية والبلوغ والعقل والاسلام جاز تأمينه عند مالك فان عدم بعض هذه الفصول فقد اختلف العلماء فيه وقال عبد الملك بن الماجشون لا يلزم غير تأمين الامام فان أمن غيره فالامام بالخيار بين أن يرضيه وبين أن يرده والاصل فيما ذهب اليه مالك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل ودليلنا من جهة القياس ان هذا مسلم يعقل الامان فيجوز أمانه كالامام (مسئلة) وأما الاثنية فلا تمنع صحة الامان وسياق ذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما الحرية فقد اختلف أصحابنا في مراعاتها فقال القاضي أبو الحسن لم أجده في نصاب مالك ولكنهم يحكمون بلزوم أمان العبد ونراه قياس قول مالك وقد نص على لزومه ابن القاسم وذكر القاضي أبو محمد بلزوم أمان العبد على انه مذهب مالك وبه قال الشافعي وأخرج الشيخ أبو محمد في النوادر رواية معن بن عيسى عن مالك أنه قال لا يصح أمان العبد وما سمعت فيه شيئا وقال سحنون ان أذن له سيده في القتال جاز أمانه وان لم يأذن له سيده في القتال لم يجز أمانه وبه قال أبو حنيفة وجه اجازه أمانه قوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم والعبيد من أدنى المسلمين ودليلنا من جهة القياس أن كل من لزم أمانه اذا أذن له في القتال لزم وان لم يؤذن له كالاجير والمرأة ووجه روايته معن أنه محجور عليه فلم يجز تأمينه كالطفل والذي لا يعقل (مسئلة) وأما البلوغ فاختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم يجوز تأمين الصبي اذا عقل الامان وقال سحنون ان أجاز الامام في المقاتلة جاز تأمينه والا فلا أمان له وقال الشافعي لا يلزم أمانه وجه قول ابن القاسم ان هذا مسلم يعقل الامان فجاز تأمينه كالبالغ (مسئلة) وأما العقل فلا اختلاف في اعتباره في لزوم الامان وصحته لأن من لا يعقل لا يعتبر بأقواله ولا تصح مقاصده وأما الاسلام فالظاهر من المذهب الاعتبار به وبه قال أبو حنيفة والشافعي والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تكافأ دماؤهم ويسقى بذمتهم أدناهم فخص بذلك المسلمين

﴿ الباب الرابع فيما يثبت به الامان ﴾

فقد اختلف أصحابنا في ذلك فقال سحنون لا يثبت الا بقول شاهدين وأما بقول المؤمن فلا يثبت له التأمين وقال ابن القاسم يثبت بقول المؤمن وبه قال الاوزاعي وأصبغ وابن المواز وجه ما قاله سحنون أن التأمين فعل المؤمن والزام سائر المؤمنين تأمينه لا يثبت بقوله وانما يثبت بشهادة غيره ووجه قول ابن القاسم أن هذا شخص يصح أمانه فوجب أن يقبل فيه قوله كالامام

﴿ الباب الخامس في مقتضى التأمين ﴾

أما التأمين فانه على ضربين أحدهما التأمين المطلق الذي لا يخاف بعده أن لا يحدث والثاني تأمين مترقب فاما الاول فمثل أن يؤمن الامام الرجل والجماعة من المشركين تأميننا مطلقا فهذا يقتضي كونه آمنا من القتل والاسترقاق فان أراد البقاء في بلاد المسلمين على أداء الجزية كان له ذلك وان أراد الرجوع الى حيث شاء من بلاد الحرب فهو آمن حتى يبلغ موضع امتناعه من بلاد الحرب وهذا

حكم من أمنه المسلم الجائر الأمان وأما التأمين المتربح فان ينظر فيه الامام فان رآه صواباً أمضاه والارده وردة الى مأمنه وهذا مذهب مالك وابن الماجشون وقال سحنون ان التأمين أن لا يكون لأحد من الجيش قتل المؤمن وينظر الامام في حاله فان رأى التأمين صواباً أمضاه والارده الى مأمنه ولعل هذا أن يكون تجوزاً ممن يقوله من أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والصواب عندي أن يرد الى مثل الحالة التي كان عليها قبل التأمين ولو لم يرد الى مأمنه لكان أماناً تاماً فهذا عند سحنون هو التأمين الصحيح وابن الماجشون يرى هذا رد الأمان

(فصل) وقوله والذي نفسي بيده لا أعلم مكان أحد فعل ذلك الا ضربت عنقه بحقل أن يكون عمر رضى الله عنه رأى قتل المسلم بالمستأمن وقد قال به أبو يوسف ومنع منه مالك وأبو حنيفة والشافعي ولذلك قال مالك ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العنل يريد أن من قتل من المسلمين مستأمناً فإنه لا يقتل به ص * وسئل مالك عن الإشارة بالأمان أهى بمنزلة الأمان فقال نعم واني أرى أن يتقدم الى الجيوش أن لا تقتلوا أحداً وأشاروا اليه بالأمان لأن الإشارة عندي بمنزلة الكلام وأنه بلغني أن عبد الله بن عباس قال ما اختر قوم بالعهد الاسلط الله عليهم العدو * ش وهذا كما قال ان الإشارة بمنزلة الكلام والكتابة لأنها افهام بالأمان فيجب أن يتقدم الى الجيوش أن لا يقتلوا من أشاروا اليه بالأمان والإشارة بالأمان على ضربين أحدهما أن يشير الى ممتنع بالأمان فهذا يكون آمناً يذهب حيث شاء والثاني أن يؤمن أسيراً بعد أن يأمره فهذا لا يجوز له ولا لغيره قتله حتى يبلغ الامام فيرى فيه رأي له لأنه آمنه بعد ان ثبت فيه حكم النظر للامام

(فصل) وقول عبد الله بن عباس ما اختر قوم بالعهد يريدون نقضه ولم يفوا به الاسلط الله عليهم عدوهم يريدان هذه عقوبتهم التي تختص بهم في الدنيا مع ما في ذلك من المآثم والله أعلم

* العمل فممن أعطى شيئاً في سبيل الله *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان اذا أعطى شيئاً في سبيل الله يقول لصاحبه اذا بلغت وادى القرى فشأنك به * ش قوله أن عبد الله بن عمر كان اذا أعطى شيئاً في سبيل الله يريد أن يخرج فيه نفقة أو فرساً أو سلاحاً يقول لصاحبه يريد الذي يدفع اليه ذلك اذا بلغت وادى القرى يريد أن هذا نهاية في سفره ومقتضى غزوه في رجوعه غاز يامن الشام وقوله فشأنك به يعني هو لك وفي هذا مسئلتان احدهما حكم محل العطية والثانية حكم العطية فأما حكم محل العطية فعلى ضربين أحدهما الاطلاق والثاني التعيين فأما الاطلاق فهو أن يقول مالي في سبيل الله فان منصرفه الى الغزاة ومن في موضع الجهاد لأن اطلاق هذه اللفظة وظاهرها يقتضي الجهاد فان كان في موضع لا جهاد فيه ولا غزو فلا يعطى منه حاج ولا غيره قال مالك قال سحنون ويعطى منه الصبيان والنساء والاعمى والمقعذ وقال سحنون لا يعطى منه من تعطل عن العمل كالفلوج والاعمى ويعطى منه المريض وجه ما قاله سحنون ان هؤلاء من عمار الثغور وفي بقائهم هناك تكثير للعدو وقوة لأهل الحرب فكانوا مستحقين ووجه قول سحنون انهم لا يرجى منهم عون على الحرب فلا يعطون منه شيئاً لان هذا المال انما أخرج للعون على الحرب (مسألة) وأما حكم العطية فإنه على ضربين أحدهما أن يجعل العطية في السبيل خاصة فهذا ليس لمن اعطيتها تمولها ولا انفاقها في غير سبيل الله لانه عدول بالعطية عن وجهها وهى له أن يأكل منها في القبول أم لا قال ابن حبيب ينفق منها في القبول وقال مالك

* وسئل مالك عن الإشارة بالأمان أهى بمنزلة الكلام فقال نعم واني أرى أن يتقدم الى الجيوش أن لا تقتلوا أحداً وأشاروا اليه بالأمان لأن الإشارة عندي بمنزلة الكلام وانه بلغني ان عبد الله بن عباس قال ما اختر قوم بالعهد الاسلط الله عليهم العدو

* العمل فممن أعطى شيئاً في سبيل الله *

* حنثني يحكي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان اذا أعطى شيئاً في سبيل الله يقول لصاحبه اذا بلغت وادى القرى فشأنك به

لا ينتفع بها في القفول وجه ما قاله ابن حبيب ان القفول من الغزو فكان له أن ينفق فيه منه كالمسير إلى بلد العدو وجه ما قاله مالك أن من أخرج شيئاً في سبيل الله فقد عينه للغزو والعون على العدو وليس القفول منه بسبيل فمن فضل له منه شيء بعد ذهابه على قول مالك أو عن قفوله على قول ابن حبيب فهو مخير بين أن يرده إلى من أعطاه إياه أو يعطيه هو في سبيل الله * وأما الضرب الثاني وهو أن يجعل المعطى العطية في سبيل الله ويتلها لمن أخذها بان يقول له هذا لك في سبيل الله فهذا يلزم المعطى أن يتزود منه في السبيل بقدر ما يعلم ان تلك العطية تخرج مثله ثم يكون له بيعه والانتفاع بثمنه وبهذا كان عبد الله بن عمر يشترط عليه إذا بلغ وادي القرى يريد بعد قضاء الغزو به ص * مالك عن يحيى بن سعيد بن سعيد بن المسيب كان يقول إذا أعطى الرجل الشيء في الغزو فبلغ به رأس مغزاته فهو له * ش قوله إذا أعطى الرجل الشيء في الغزو يريد ما قلناه من تبئله له على وجه الغزو به وقوله فبلغ به رأس مغزاه يريد نهاية الغزو وفي القفول وموضع تفرق أهل الجيش إلى مواضعهم وبلادهم وهكذا كانت وادي القرى رأس المغزى في الغزو وإلى الشام وقوله فهو له يريد أنه قد ملكه وكل ما لزمه المعطى فيه من الغزو به فليفعل به المعطى ما شاء من بيع أو غيره ص * سئل مالك عن رجل أوجب على نفسه الغزو وقبضه حتى إذا أراد أن يخرج منعه أبواه أو أحدهما فقال لا أرى أن يكابرهما ولكن يؤخر ذلك إلى عام آخر فأما الجهاز فاني أرى أن يرفعه حتى يخرج به فان خشي أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشتري به ما يصلحه للغزو فان كان موسراً يجده مثل جهازه إذا خرج فليصنع بجهازه ما شاء * ش وهذا كما قال ابن من أوجب على نفسه الغزو وبندر أو قسم قبضه ثم منعه منه أبواه فليس له أن يكابرهما في ذلك العام وليؤخر غزوه إلى العام المقبل وقد بينا ان الجهاد على ضربين أحدهما أن لا يتعين على المكلف الغزو والجهاد لقيام غيره به فهذا يلزم طاعة أبويه في المنع منه مؤمنين كانوا أو كافرين قاله سحنون والأصل في ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر انه قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاستشاره في الجهاد فقال ألك أبوان فقال نعم قال ففهما فجاهد ومن جهة المعنى ان طاعة أبويه من فروض الأعيان والجهاد من فروض الكفاية وفروض الأعيان أكد (مسئله) والضرب الثاني أن يتعين على المكلف الجهاد وهو يتعين من وجهين أحدهما أن يوجب ذلك على نفسه وبندر أو قسم والثاني أن يوجب ذلك عليه بأصل الشرع ويتعين عليه لقوة العدو وضعف المسلمين عنه فاما ان أوجب ذلك على نفسه فلا يمنع منه منع أبويه وان كان واجب ذلك عليه بأصل الشرع لم يمنع منه منع أبويه والفرق بينهما ان حق أبويه قد وجب عليه فليس له أن يسقطه بنذر يلزمه نفسه وليس كذلك ما ثبت بأصل الشرع فانه يجب بالوجه الذي وجب به حق أبويه فاذا كان آكد من حق أبويه لم يكن لهما المنع منه

(فصل) وقوله وأما الجهاز فاني أرى أن يرفعه حتى يخرج به يريد ان هذا الأفضل له لانه مال قد نوى به البر وسببه للغزو ويستحب له أن لا يرجع عن ذلك فان أمسكه كذلك فأت قبل الغزو به فانه ميراث سواء أمسكه عنده أو جعله على يد غيره لانه كصدقة نذر ها ولم ينفذها فان أشهد بانفاذها فهو على ضربين أحدهما أن يشهد بانفاذها ان مات فهذه تكون من الثلث والثاني أن يشهد بانفاذها على كل حال فهذه تكون من رأس المال

(فصل) وقوله فان خشي أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشتري به ما يصلحه للغزو يريد أن يكون جهازه ذلك مما يفسد ويتغير كالإزار والاطعمة وغير ذلك مما يسرع إليه الفساد فانه يبيعه ويمسك

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد بن سعيد بن المسيب كان يقول إذا أعطى الرجل الشيء في الغزو فبلغ به رأس مغزاته فهو له * وسئل مالك عن رجل أوجب على نفسه الغزو وقبضه حتى إذا أراد أن يخرج منعه أبواه أو أحدهما فقال لا أرى أن يكابرهما ولكن يؤخر ذلك إلى عام آخر فأما الجهاز فاني أرى أن يرفعه حتى يخرج به فان خشي أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشتري به ما يصلحه للغزو فان كان موسراً يجده مثل جهازه إذا خرج فليصنع بجهازه ما شاء

ثمنه لان الثمن يقوم مقامه فان كان غنيا يعلم انه يقدر على مثل ذلك أو أفضل منه اذا تيسر غزوه لم يكن له التصرف فيه اذا اعتقد ان يعوض منه مثله أو أفضل منه

﴿ جامع النفل في الغزو ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله ابن عمر قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا ﴾ ش قوله رضي الله عنه فكانت سهمانهم يريد مبلغ سهمانهم الواقعة لهم من الغنمة اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا شك في ذلك الراوي ويحتمل وجهين أحدهما انه شك هل سهمانهم كانت اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا والثاني انه شك هل كانت سهمانهم اثني عشر ونفلوا بعيرا زائد على ذلك وبلغت بالنافلة اثني عشر بعيرا غير انه يعود من جهة هذا العدد الى معنى واحد وقوله ونفلوا بعد ذلك بعيرا بعيرا يريد أعطوه زائدا على ما وجب لهم ويحتمل أن يكون جميع ما حصل لهم اثني عشر بعيرا من جهة اللفظ غير أن قوله غنموا ابلا كثيرة يدل على أن سهام كل واحد منهم كانت هذا العدد والنافلة في كلام العرب عطية التطوع والزائدة في العطاء على الواجب وهذا يقتضي ان النفل في الخمس وذلك انه قد سوى بينهم في النفل فنفلوا بعيرا بعيرا فلو كان النفل من الأربعة الاخماس التي لهم لما كان في ذلك فائدة لان ذلك كان لهم لو لم ينفلوه وقسمت بينهم الأربعة الاخماس ولو كان ذلك لكان هذا الفعل لا فائدة فيه ولكان هذا اللفظ من جملة اللغو ولما أجبنا على أنه صلى الله عليه وسلم لا يفعل مالا فائدة فيه ثبت أنه قسم عليهم الأربعة الاخماس ثم نفلهم بعد ذلك من غير ما بعيرا بعيرا ولا سهم يمكن أن يشار اليه ينفلوا منه غير الخمس وهذا مذهب مالك رحمه الله أن النفل لا يكون الا من الخمس وبه قال أبو حنيفة والشافعي ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول كان الناس في الغزو اذا قسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه ﴾ ش قوله كان الناس اذا قسموا غنائمهم يريد الصعابة وفي هذا خمسة أبواب ﴿ أحدها في موضع فسخة الغنمة ﴾ والثاني في من يقسمها ﴾ والثالث فيما يقسم منها ﴾ والرابع في من يسهم له منها ﴾ والخامس في صفة قسمتها

﴿ الباب الاول في موضع قسمتها ﴾

هو من بلد الحرب بحيث لا يمنع من ذلك مخافة أو عدم قوت يحتاج اليه لامن المقام بسبب التقاسم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقسم في بلاد المسلمين إلا أن يحتاج الجيش الى ثياب أو ما أشبه ذلك فيقسم ذلك بينهم ويبقى الباقي يقسم في دار الاسلام فان قسم الجميع بدار الحرب مضى الحكم بذلك ولا ينقض والدليل على ما نقوله ما روى الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم غنمة قط الا في دار الشرك فنها غنمة بني المصطلق قسمها على مياهمم وقسم غنمة هوازن في دارهم وقسم غنمة خيبر بخيبر وهم مشركون ثم لم يزل الناس من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمن عمر وعثمان والخلفاء كلهم وجيوشهم في البر والبحر ما قسموا غنمة قط الا حيث غنموها وهذا معروف عند أهل السير والمغازي فان قيل انما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غنائم بني المصطلق في مياهمم وهو اذن في دارهم لأنها كانت دار اسلام يدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث الوليد بن عقبة مصدقا اليهم فعلم أنهم كانوا مسلمين فالجواب أن هذا غير صحيح لأنهم لم يكونوا

﴿ جامع النفل في الغزو ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا ﴾ وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول كان الناس في الغزو اذا قسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه

مسلمين وقت الغنمة ولو كانوا مسلمين ما قسم غنائمهم والنبي صلى الله عليه وسلم غنم بني المصطلق سنة
خمس وأسلموا سنة عشر وفي سنة عشر بعث اليهم الوليد بن عقبة مصداقاً ودليلاً من جهة القياس
أن كل مكان جازت فيه قسمة الثياب إذا احتج اليها فإنه يجوز قسمة سائر الغنائم كدار الاسلام
وهذا إذا كان الغنم جيشاً فإن كان سرية من الجيش فلا يقسم حتى يعود إلى الجيش قاله ابن
المواز وذكر أنه قول أصحابنا إلا عبد الملك بن الماجشون فإنه قال إلا أن يخشى من ذلك في السرية
مضرة من تضييع مبادرة الانصراف وطرح أثقال وقلة طاعة وإلى السرية فتباع الغنمة ويلزم كل
مبتاع حفظ ما ابتاعه ويلزم البيع من غاب من أهل الجيش فوجه ما قاله ابن المواز أن القسمة
لا تصح إلا بعد الرجوع إلى الجيش لأن أنصباهم في غنمة السرية وإلى السرية لا يلزم أهل الجيش
حكمه فيقسم عليهم ويبيع ما لهم وإنما يلزمهم حكم أميرهم

﴿ (١) الباب الثاني في بيان من إليه قسمة الغنمة ﴾

﴿ الباب الثالث في بيان ما يقسم من الغنمة وتمييزه مما لا يقسم ﴾

الأصل في ذلك أن ما كان منها مباحاً لكل واحد من الجيش أخذه من بلاد العدو والاستبداد به وهو
على ضربين أحدهما أن يكون مملوكاً كافياً الأصل ولكنه يباح للانتفاع به للغذاء والقوة وسياقته بيانه
والثاني ما كان على حكم الأصل لمن يملك بعده وهو ينقسم إلى قسمين أحدهما ما لا يترك أكثره
ويتمول جميع ما يوجد منه لنفسه كالجوهر والياقوت والعنبر فإن هذا قياسه على مذهب
أصحابنا أنه في كله لما ذكرناه كالنساء والصبيان (مسئلة) والقسم الثاني أن يؤخذ من الجيش
بعضه ويترك أكثره كالصيد والخشب والحجارة يستحب منها ما يحتاج إليه من سرج أو رخامة
أو مسن أو نشاب أو قتب فأما ما كان منه له قيمة بأرض العدو وخفة جملته وكثرة قيمته كالباري والصقر
فالذي عليه جمهور أصحابنا أنه يكون فينا وحكاة ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن له قيمة كثيرة
بموضع الاستيلاء عليه فوجب أن يكون فينا كسائر ما يقسم وأما ما لم يكن له ببلد العدو إلا القليلة
اليسيرة فروى أشهب عن مالك في العتية أنه قيل له بأرض العدو وأشجارها ثمن كثير ببلاد الاسلام
وجملها خفيف وشأنها ببلاد العدو يسير قال لا بأس بأخذ هذا وأبى أخذه للبيع ولو جاء به إلى
صاحب المقاسم لم يقبله ولم يفسمه وروى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه إذا كان مما يؤكل من
حيوان أو صيد فافأ كل منه فهو له وماباعه كان ثمنه فينا وكذلك ما حمل إلى أهله فباعه إلا اليسير الذي
يفضل عنه وروى ابن المواز عنه أن ما عمل من الخشب والحجارة من سرج وكتب وعصى رماح وما
يحتاج إليه فهو له وإن فضل منه يسير كان له وأما ما كثر مما يقصد به التمول فهو في وجه قول مالك أن
هذا مباح الأصل لاقية له ببلاد الحرب وإنما معظم ثمنه الصناعة وهي ملك لصاحبها أو الحمل وهو ملك
لحامله فوجب أن لا يكون فينا كالأودخل معه عوداً أو حجاراً فاحتسب في بلاد الحرب لكان له
دون جميع الجيش ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم أن هذا مما وصل إليه بجماعة المسلمين فلم يكن له
دونهم إلا سائر الغنائم (مسئلة) وأما ما كان مملوكاً كافياً الأصل فليس لأحد من أهل الجيش الاستبداد
به كالرفيق والثياب والمتاع فهو في كله قليلاً وكثيراً ما مكن إخراجهم ونقله فإن عجز عن ذلك
وتركه الإمام أو أراد إخراجهم فأتى من أخذه فروى ابن المواز عن مالك أنه لو كان في الجيش ولا خمس
فيه وقال أشهب ليس لمن أخذه وهو كرجل من الجيش فيه ووجه قول مالك أن طرح الإمام له حكم
بإزالة ملك الجيش عنه وقطعاً لحقهم منه وانتفاع الحامل له أولى من تركه ولو شاركه فيه غيره لأدى ذلك

(١) بياض هكذا في
النسخ المعول عليها يدنا

الى أن يتركه ووجه قول أشهب أن أهل الجيش قد ملكوه بالغنمة فلا يزول ملكهم عنه بالعجز عن حمله كما لو كان ذلك في بلاد المسلمين

﴿ الباب الرابع في بيان من له حق وسيأتي بعده هذا إن شاء الله تعالى ﴾

﴿ الباب الخامس في بيان قسم الغنمة ﴾

قال ابن المواز إن رأى الامام الأفضل في أن يقسمها خمسة أقسام بالسوية بأن يجعلها خمسة أنصباء في كل سهم صنف وكذلك النساء والصبيان والابل حتى تعدل ثم يسهم بينها ويكتب في سهم منها الخمس لله أول رسول الله حيث خرج ذلك السهم كان الخمس وكانت الأربعة الأخماس للجيش وإن رأى أن يبيع الجميع ثم يقسم الأثمان فذلك له وحكى ابن سحنون عن أبيه يبيع الامام ثم يقسم الأثمان وإن لم يجد من يشتريه قسم العروض خمسة أجزاء بالقرعة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي من فعل النبي صلى الله عليه وسلم قسمه ذلك دون بيع وعلى ذلك ورد حديث عبد الله بن عمر في السرية التي توجهت قبل نجد فبلغت سهمانهم اثني عشر بعيراً أو أحد عشر بعيراً إلا أنه تحقّل أن ذلك البيع بعذر وقوله في حديث سعيد بن المسيب كان الناس إذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه وهذا يقتضي تكرار فعل الصحابة له ولا يعلم مخالف فيه فثبت أنه اجتمع ومن جهة المعنى أن حقهم متعلق بالعين فليس له أن يبيع عليهم إلا الحاجة داعية إلى ذلك

(فصل) وقوله كانوا إذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه يحقّل أن تكون تلك كانت قيمتها يومئذ وكذلك يجب أن يفعل الامام إذا اختلفت أجناس الغنمة واختار القسمة واحتاج إليها أن يعدل بينها بالقيمة ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول في الأجير في الغزو أنه إن شهد القتال وكان مع الناس عند القتال وكان حرافله سهمه وإن لم يفعل ذلك فلا سهم له * ش وهذا كما قال إن الأجير لا سهم له إذا لم يشهد القتال لأنه قد أخذ عوضاً على دخوله إلى بلد الحرب ممن استأجره على ذلك فلا يستحق بذلك غنمة لأن ذلك منافع مستحقة عليه لغيره كالعبد

(فصل) وقوله فإن شهد القتال وكان مع الناس عند القتال يريد أنه كان مع المقاتلة لأن يكون في جملة الجيش فإن كان في المعترك موضع القتال وكان من جملة المقاتلين استحق حصته من الغنمة لأن القتال لم يأخذ له عوضاً ولا يستحق ذلك عليه غيره فاستحق به سهماً من الغنمة وسقط عنه من الإجارة بقدر ما اشتغل عنه من الخدمة قال سحنون فهذا المشهور من المذهب وقد روى أشهب عن مالك لا يسهم للأجير وإن قاتل ووجه ذلك أنه ممن لا يسهم له مع الحضور إذا لم يقاتل فإنه لا يسهم له وإن قاتل كالعبد والأصل في هذه المسئلة على المشهور من المذهب أن الغنمة إنما تجب للجهاد والقتال والتعاون على الظهور على العدو فمن دخل أرض العدو ولم يظهر غرضاً غيره ولا مقصداً سواه كان وقوفه في الجيش ومقامه في العسكر يقوم مقام القتال لأنه لم يدخل لغيره فاما أن يقاتل أو يحفظ المقاتل أو يكثر السواد ومن أظهر غرضاً غيره في تجارة أو إجارة أو صناعة فلاحق له لأن حضوره لم يكن معونة ولا جهاداً فإن قاتل ثبت حقه في الغنمة لأن المقصود من الغزو والجهاد قد وجد منه وليس اكتسابه في طريقه وانتفاعه بعمله مما يبطل جهاده إذا وجد مقصوده منه كالحاج يتجر (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه يستحق الغنمة بما ذكرناه من أنه ثبت له صفات الكمال وهي ست صفات العقل والاسلام والبلوغ والذكورة والحرية والصحة فأما العقل فإن كان معه منه ما يمكنه به القتال أسهم له لأن مقصود الجهاد يصح منه فإن كان مطبقاً لا يتأتى منه

* قال يحيى سمعت مالكا يقول في الأجير في الغزو أنه إن شهد القتال وكان مع الناس عند القتال وكان حرافله سهمه وإن لم يفعل ذلك فلا سهم له

القتال لم يسهم له وأما الاسلام فهو شرط في استحقاق السهم لان من ليس بمسلم لا يقاتل جهادا وليس حضوره بجهاد ولا نصرة للاسلام لان معنى الجهاد أن يقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والمشرک لا يقاتل لذلك ولانه ممن يلزم أن يقاتل عنه وتمنع الاستعانة به في الحرب وان استعين به في الأعمال والصنائع والخدمة والأصل في ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في غزوة غزاهما حتى كان بكندا وكذا لحقه رجل من المشركين كان شديدا ففر حوا به قال يا رسول الله جئت لأكون معك وأصيب قال انا لانسعين بمشرک قال ذلك ثلاث مرات فأسلم في الرابعة فانطلق معه فاذا كان الأمر على ذلك فلا يسهم له وأما البلوغ فهل يكون شرطاً في استحقاق السهم من الغنيمة أم لا قال مالك لا يكون البلوغ شرطاً في استحقاق السهم ويسهم للمراهق اذا أطاق القتال وقال أبو حنيفة والشافعي لا يسهم الا البالغ وقال ابن حبيب من بلغ خمس عشرة سنة وأثبت وأطاق القتال فانه يسهم له اذا حضر القتال وان لم يقاتل ومن كان دون ذلك فلا يسهم له حتى يقاتل والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك انه حر مسلم ذكر وجد منه القتال ومكابدة العدو فوجب أن يسهم له كالبالغ وأما الذكورة فانه شرط في استحقاق السهم عند جمهور أصحابنا ولا يسهم لامرأة ثلث أم لم تقاتل وقال ابن حبيب من قاتل من النساء كقتال الرجال فانه يسهم لها والدليل على ما قلناه ان هذا جنس لا يعدل للقتال فلم يسهم له كالعبيد ووجه ما قاله ابن حبيب ما احتج به من ان هذا حكم ثبت للرجال بالحضور فوجب أن يثبت للنساء بالمقاتلة كاستحقاق القتل (مسئلة) وأما الحرية فهي شرط في استحقاق الغنيمة فلا يسهم لعبد لان منافعه مستحقة لغيره استحقاقا عاما ولان العبد من جملة الأموال التي تحمي ويقاىل عنها فلا يستحق سهما بقتال ولا غيره (مسئلة) وأما الصحة فان كان معنى يمنع القدرة على القتال في الحال والمآل فانه يمنع استحقاق السهم من الزنينة وما لم يمنع من ذلك فانه لا يمنع السهم لاننا قد دللنا على أن سهم الغنيمة انما يستحق بالاعداد لا بالافعة والقتال (مسئلة) اذ ثبت ذلك فاغنه من لا يسهم لهم ولم يخالطهم غيرهم وغنوا فانهم على ضربين أحدهما أن ينفردوا أو يكون معهم ممن يسهم له العدد اليسير يكون تبعاً لهم والثاني أن يكون معظم العدد ممن يسهم له فأما اذا انفردوا أو كان معظم العدد لهم فانه تدفع اليهم الغنيمة وتقسّم بينهم ان كانوا مسلمين وان كانوا كفارا أسلم اليهم وقسمه بينهم أساقفتهم الآن يحكموا بينهم مساماً فيقسم بينهم ذلك على سنة المسلمين وأما ان كانوا معظم أهل المغنم فلا يخلو أن يدخل غيرهم معهم باذن الامام أو بغير اذنه فان دخلوا بغير اذنه فلا سهم لهم والغنيمة لسائر الجيش دونهم وان أذن لهم فبئس ما فعل وهل يسهم لهم أم لا قال ابن حبيب اذا أذن الامام لقوم من أهل الذمة في الغزو معه سهم بينهم وبين المسلمين وقال سحنون لا يسهم لأهل الذمة اذا كانوا تبعاً وان رأى الامام أن يرضخهم فعل وجه قول ابن حبيب ان الامام قد أذن لهم في الغزو فلهم حقهم من الغنيمة لانهم على ذلك دخلوا ووجه قول سحنون أنهم تبع للمسلمين فلا حكم لغزوهم وليس للامام أن يأذن لهم في أخذ سهام المسلمين فان كان وعدهم بعتاء فليكن ذلك من الخمس لان هذه الغنيمة انما سلمت بالمسلمين وهم المدافعون عنها فلا اعتبار بمن شهدا معهم من غيرهم وهذا فيما أخذ على وجه الاعلان والمدافعة فأما ما أخذ على وجه السرقة والتلصص فان حكم أهل الاسلام وغيرهم في ذلك سواء يأخذ كل واحد منهم حصته لانهم لم يأخذوها على وجه المدافعة والمغالبة فيكون المسلم أحق بها من الذمي والحر أولى بها من العبد وأما ما أخذ على وجه التلصص والسرقة فقد استوفوا في

أمره فكان بينهم على السواء ص * قال وسمعت مالكا يقول أرى أن لا يقسم إلا لمن شهد القتال من الأحرار * ش وهذا كما قال أنه لا يسهم إلا لمن شهد القتال ومن لم يشهده لم يسهم له فن جاء بعد القتال وأحرار السهم لم يسهم له وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة من جاء بعد تقضى القتال وأحرار الغنمة وقبل الخروج من دار الحرب فله سهمه ومن جاء بعد الخروج من دار الحرب فلا سهم له (مسئلة) إذا ثبت ذلك فحري من ذهب مالك في هذه المسئلة أن وجد منه الخروج من منزله إلى الغزو فقد وجد منه الشروع في العمل فن لم يوجد منه اختيار الرجوع عن الغرض المقصود من الغزو وهو القتال أو حضوره فحكمه حكم الدخول إلى أرض الحرب ولا اعتبار بما قبل ذلك ومتى وجد منه الدخول إلى أرض الحرب فلا يخرج عنه ذلك ولا يمنع السهم هو ولا غيره إلا الرجوع إلى أرض الإسلام باختياره وأما الرجوع على وجه الغلبة فقد روي ابن المواز عنه أن ذلك لا يخرج عنه من أهل السهم وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في صفة حضور القتال * والباب الثاني فيما يستحق من الغنمة بحضور القتال * والباب الثالث في المعاني التي تمنع الغنمة وتميزها من المعاني التي لا تمنعها * والباب الرابع فيما ثبت به المعاني التي لا تمنع الغنمة

* الباب الأول في صفة حضور القتال على المشهور من قول مالك *

فإن لم يحضر القتال بأن يكون في الجيش وقته وان لم يقاتل أو يكون في حكم من حضره وهل يكون التقاء الجمع دون مناشئة الحرب بمنزلة القتال قال سحنون إذا قامت الصفوف منا ومنهم ولم ينشب القتال فلا سهم لمن مات حينئذ وروي ابن المواز نحوه عن مالك وإنما السهم لمن مات بعد مناشئة القتال فحضور القتال عنده انما هو حضور المناشئة لا حضور المقاتلة والمواجهة وقال ابن حبيب سمعت أن أصحاب مالك قالوا إن مشاهدة القرية أو الحصن أو العسكر كالقتال وإن لم يكن قتال وجه رواية ابن المواز ما روي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالانما الغنمة لمن شهد الواقعة ولا يخالف لهما مع انتشار أقوالهما فثبت أنه إجماع واسم الواقعة انما ينطلق في عرف الاستعمال على الحرب دون غيرها من المواجهة والمقاتلة والرؤية ومن جهة المعنى أن المقصود من الغزو والقتال وبه يتوصل إلى غلبة العدو وأحرار الغنمة فوجب أن يكون الاعتبار به دون غيره

* الباب الثاني فيما أحرز من الغنمة *

أما ما أحرز من الغنمة فإنه على ضربين أحدهما ما أحرز بالقتال فإن من حضر القتال يستحق فيه سهمه إذا كان مسندا إلى القتال وكان القتال سببا له مثل أن ينزل حصن فيناشب قتاله فيموت رجل منهم ثم يتصل قتاله فيفتح بعد أيام فإن لليت فيه سهمه والضرب الثاني ما أحرز بغير قتال أو أحرز قبل القتال فإنه لا يستحق فيه سهم إلا بحضور أحراره عند مالك رحمه الله لأن الأحرار انما يعتبر بالقتال إذا كان مسندا إليه فإذا لم يكن ثم قتال يكون سببا له اعتبر بنفسه

* الباب الثالث فيما يمنع استحقاق الغنمة *

وأما ما يمنع استحقاق الغنمة بعد الخروج في الجيش فهو على ضربين أحدهما أن تطرأ عليه قبل القتال حالة مؤثرة في المنع من الغنمة لمن حضرها وقد تقدم ذكرناها ونحن نزيد الآن فيها ذكر الموت لأنه يذهب بالصفات كلها وينع وجود الغازي فإذا كان لا يسهم للطبق بالجنون وهو موجود فإن لا يسهم لليت أولى وكذلك الكفر إذا طرأ عليه فإنه يمنع السهم ويبقى سهمه فيما استحقه قبل كفره باق على حكم مال المرتد (مسئلة) وكذلك الجنون إذا كان مطبقا يمنع القتال فإنه يمنع السهم

* قال وسمعت مالكا يقول وأرى أن لا يقسم إلا لمن شهد القتال من الأحرار

فما أخذ بعده وقبل حضوره ولا يمنع من سهمه فيما أخذ قبل ذلك لأنه معني يزيل التكليف كالموت
 * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأصل في ذلك عندى أن ما كان من الأمراض التي يرجى
 برؤها كالحصى والرمم وما أشبه ذلك فاتها لا تمنع السهم وما كان لا يرجى برؤه ويمنع القتال كالجنون
 فإنه يمنع السهم في المستقبل ولا يمنع ما قد استحق منه قبل حدوثه (مسئلة) وأما الضرب الثاني
 فأن يغيب قبل القتال عن الجيش باختياره دون إذن الامام فهذا لا يسهم له لأنه لم يحضر الواقعة على
 الوجه المذكور (مسئلة) وهذا فيما استحق بالقتال فاما ما استحق بالاحراز فاما راعى فيه التغيب
 عند الاحراز على حسب ما تقدم ومثل هذا ما يفوت به القادم الغنيمة باللاحق بالجيش أو الذي
 يسلم أو العبد يفتق أو الأسير يطلق فهذا يسهم له في المستقبل دون الماضي ولا تنوته الغنيمة بعد
 القتال بل لا يحضر القتال اذا حضر احرازها وأخذها فيصير القتال فيستحق الغنيمة بحضوره من
 لم يشاهد احرازها ولا يفوت بفواته من شاهد احرازها

* الباب الرابع فيما ثبت به المعاني المؤثرة في منع الغنيمة *

وأما ما ثبت به المعاني المؤثرة في الغنيمة فان ذلك على ضربين أحدهما أن يدعى على الغازي أمر
 فيقر به ويدعى العنصرية والثاني أن ينكره جملة فاما الضرب الاول فمثل أن يقر بالرجوع
 ويدعى أنه رجع مغلوبا أو ضالا فان ذلك على قسمين أحدهما أن يدعى من الاعذار ماله امارات من
 رجع ردت مراكبا كان فيه أو مخافة غرر طريق أو مرض أو تخلف دابة ومنه ما لا تكون له اماره
 كالضلال ونحوه فما كانت له اماره يستدل بها فاذا ثبتت اماره عذره قبل قوله وما لم تكن له اماره
 وكل الى امانته وقبل عذره (مسئلة) وأما اذا أنكر التخلف جملة فانه مدعى عليه التخلف بعد الاقرار له
 بالفرار والكون في جملة الجيش فلا يثبت تخلفه بقول أحد من يشاركه في الغنمة لأنه جار الى نفسه
 بقا وهل يقبل قول الامير في ذلك أم لا روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم لا تقبل شهادة الامير
 وروى ابن سحنون عن أبيه أنها ليست بشهادة ويقبل قول الامير وجه قول ابن القاسم ان هذا
 الامير له شركة في المقتل فلم تقبل فيه شهادته كسائر الجيش ووجه قول سحنون ان هذه ليست بشهادة
 وانما هو حكم ويجوز له أن يحكم بعلمه في الضرورة اليه كعرفته بأعيان الشهود

* ما لا يجب فيه الخمس *

ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول فممن وجد من العدو على ساحل البحر بأرض المسلمين فزعموا
 انهم تجار وان البحر لفظهم ولا يعرف المسلمون تصديق ذلك ولا أن مرا كهم تكسرت أو عطشوا
 فزولوا بغير اذن المسلمين أرى أن ذلك الى الامام يرى فيهم رأيه ولا أرى لمن أخذهم فيهم خسا * ش
 وهذا كما قال ان العدو اذا وجد بساحل المسلمين قد نزولوا دون اذن أحد من المسلمين أو لفظهم البحر
 فادعوا انهم أتوا للتجارة فان لم يعلم صدق قولهم فهم في ولو علم صدقهم لم يعرض لهم ووجب تركهم على
 ما نزلوا عليه أو يردون الى ما منهم وفي هذا بيان أحد هما في بيان حكمهم والثاني في بيان حكم ما وجد
 معهم من المال

* الباب الاول في بيان حكمهم *

قال مالك ان بان صدقهم لم يعرض لهم والارأى الامام فيهم رأيه وروى ابن حبيب عن غير واحد من
 أصحاب مالك عن مالك انهم وما معهم في ولا يقبل قولهم وان كانت معهم التجارات مثل الجوز واللوز

* (ما لا يجب فيه الخمس) *
 * قال مالك فممن وجد
 من العدو على ساحل البحر
 بأرض المسلمين فزعموا
 انهم تجار وأن البحر
 لفظهم ولا يعرف المسلمون
 تصديق ذلك ولا أن
 مرا كهم تكسرت أو
 عطشوا فزولوا بغير اذن
 المسلمين أرى أن ذلك
 للامام يرى فيهم رأيه ولا
 أرى لمن أخذهم فيهم
 خسا

وغير ذلك وليسوا على جهة حرب فهم أهل حرب أبدا حتى يؤمنوا الآن يكونوا تعودوا الأمان على الاختلاف بالتجارة قبل هذا فهم على الأمان فوجه القول الأول انه اذا عرف صدقهم في انهم تجار فهم مستأمنون يلزم بذل الأمان لهم أو ردهم الى ما منهم ووجه رواية ابن حبيب انهم أهل حرب فلا أمان لهم ومتى غلبوا وظفروا بهم قبل بذل الأمان لهم فهم فيء وأمان اعتاد الاختلاف للتجارة الى بلاد المسلمين على أمان فقد تقدم الأمان له على هذا الوجه فهو على ذلك (فرع) اذا قلنا انهم لا يسترقون اذا عرف صدقهم فان الذي يعرف به صدقهم قد ذكره ابن المواز عن عبد الملك بن الماجشون ولا يكاد يخفى أمرهم فان المركب يوجد فيه العدد من المقاتلة والكثير من السلاح والمركب الكبير ليس فيه الكثير من المقاتلة ولا الكثير من السلاح وان كان فيهم بعض المقاتلة وبعض السلاح لانهم يدفعون عن أنفسهم فليقبل قولهم في مثل هذا انهم جاؤا للتجارة وذكري موضع آخر في السفن تنزل بموضع ومعهم التجارات والسلاح والامتنعة والتجارات فجعل هذه كلها من العلامات التي يستدل بها على صدقهم أو كذبهم وهذا على ما قال لان مرأكب المحاربين غير مرأكب التجار وعددهم في الكثرة غير عدد التجار وليس معهم من التجارات ماله كبير معنى والتجار معظم ما معهم التجارات وصفة مرأكب المحاربين غير صفة مرأكب التجار فهذا كله يستدل به على صدقهم أو كذبهم وعلى حسب ذلك يكون حكمهم وبالله التوفيق

﴿ الباب الثاني في بيان حكم ما وجد معهم من المال ﴾

أما ما وجد معهم من أموالهم فانه على ثلاثة أضرب أحدها أن يكون الاخذ لذلك من بلادهم ممن يتصرف في بلادهم غير مغالب لهم كالاسير الذي قد ملكوه وصار بأيديهم أو دخل اليهم بأمان فأخذ شيئا من أموالهم وخرج بها فان جيعه له ولا خسر فيه لان هذا بمنزلة المستأمن يأخذ شيئا من أموالهم ويخرج به اليها فانه له والضرب الثاني ما أخذ منهم على وجه المغالبة لهم بموضع يمكن خلاصهم منه فان ذلك فيء لمن أخذه وفيه الخمس والضرب الثالث ما أخذ من أموالهم ورقابهم بموضع لا ترجى فيه نجاتهم كأن كان يتكسر مرأكبهم فانه لا خسر فيه ولا هول من أخذه وانما اللامام أن يصرفه فيما رآه من مصالح المسلمين وهذا حكم رقابهم وما كان معهم من أموالهم في هذا الضرب فأما اذا انفردت أموالهم ووجد شيء منها ببلاد المسلمين على هذا الوجه فقد قال ابن المواز هول من وجدته ولا تخمس عروضه ويخمس ما فيه من ذهب أو ورق ورواه أشهب عن مالك ووجه ذلك انه بمنزلة الكنز من أموال العدو ولانه ليس معه من تقدم له عليه ملك فأما الذهب والورق فيخذه سان على ما ذكر عن مالك في كنز الذهب والورق وأما العروض فقال هاهنا لا تخمس وقد اختلف الرواة عنه في كثير العروض فقال مرة لا تخمس وقال مرة تخمس فعلى هذا يجب أن يكون الجواب في هذه المسئلة على الرويتين (فرع) اذا ثبت ذلك فواجب في هذه المراكب من الرقيق ولم يصدقوا في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم يرى فيهم الامام رأيه من أسرا أو بيع أو فداء ولم يذكر القتل وقال في العليج يوجد ببلاد المسلمين بعد طول مقام بها فلما ظفروا به قال جئت لاقم آمنا في بلاد المسلمين فان الامام يرى فيه رأيه وهو فيء ولا يقتل الا أن يتهم بالتجسس فيقتل وقال ابن الماجشون في المراكب التي يكون فيها العدو وتنكسر ببلاد المسلمين فيدعون انهم جاؤا لتجارا فيظهر من كثرة عددهم وكثرة مقاتلتهم وقلة تجارتهم انهم كاذبون فانهم وما معهم فيء وتقتل مقاتلتهم على هذا

﴿ ما يجوز للمسلمين أكله قبل الخس ﴾

﴿ ما يجوز للمسلمين أكله قبل الخس ﴾
 قال وسمعت مالكا يقول
 لأرى بأسا أن يأكل
 المسلمون إذا دخلوا
 أرض العدو من طعامهم
 ما وجدوا من ذلك كله
 قبل أن تقع المقاسم قال
 مالك وإنما أرى الأبل
 والبقر والغنم بمنزلة
 الطعام يأكل منه
 المسلمون إذا دخلوا
 أرض العدو كما يأكلون
 من الطعام ولو أن ذلك
 لا يؤكل حتى يحضر
 الناس المقاسم ويقسم
 بينهم أضر ذلك بالجيش
 فلا أرى بأسا بما أكل
 من ذلك كله على وجه
 المعروف والحاجة إليه ولا
 أرى أن يدخر أحد من
 ذلك شيئا يرجع به إلى أهله
 * وسئل مالك عن الرجل
 يصيب الطعام في أرض
 العدو فيأكل منه ويتزود
 فيفضل منه شيء يصلح له
 أن يحبسها فيأكله في أهله
 أو يبيعه قبل أن يقدم
 بلاده فينتفع بثمنه قال مالك
 إن باعه وهو في الغزو فإني
 أرى أن يجعل ثمنه في
 غنائم المسلمين وإن بلغ
 به بلده فلا أرى بأسا أن
 يأكله وينتفع به إذا كان
 يسيرا تافها

ص ﴿ قال مالك لأرى بأسا أن يأكل المسلمون إذا دخلوا أرض العدو من طعامهم ما وجدوا من ذلك كله قبل أن تقع المقاسم قال مالك وإنما أرى الأبل والبقر والغنم بمنزلة الطعام يأكل منه المسلمون إذا دخلوا أرض العدو كما يأكلون من الطعام قال يعجبني قال مالك ولو أن ذلك لا يؤكل حتى يحضر الناس المقاسم ويقسم بينهم أضر ذلك بالجيش قال يعجبني قال مالك فلا أرى بأسا بما أكل من ذلك كله على وجه المعروف والحاجة إليه ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيئا يرجع به إلى أهله ﴾ ش وهذا كما قال وقد تقدم من قولنا إن ما ينتفع به في أرض العدو مما عندهم على ضربين مباح غير مملوك وقد تقدم القول فيه والثاني أصله الملك ولكنه أبيع الانتفاع به للغذاء والقوة وذلك كل مطعوم من أموال الروم وجده المسلمون في بلادهم فإن لمن وجده أكله في دار الحرب ويعلفه دوابه ولا يحتاج في استباحته إلى قسم ولا إذن الإمام وإنما يكون الأخذ له أحق لحاجته منه وما فضل منه عنه أعطاه من احتاج إليه من الغازين فإن لم يجد محتاجا إليه رفعه إلى صاحب المغنم والأصل في ذلك ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا نصيب العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه (مسئلة) وأما الحيوان المباح أكله كالبقر والغنم والأبل فإنها في ذلك بمنزلة الطعام عند مالك وقال الشافعي لا يذبح شيء من ذلك إلا لضرورة إذا عديموا الطعام والدليل على ما نقوله أن الحاجة إلى أكلها والاحتياج بها أشد من الحاجة إلى العسل والعنب فإذا جاز أكل العسل والعنب فبأن يجوز الاقتيات بلحوم الغنم والبقر أولى وأحرى

(فصل) قوله فلا أرى بأسا بما أكل من ذلك كله على وجه المعروف والحاجة إليه الذي أبيع له من ذلك أكله على وجه جرت العادة بأكله وأما ذبح الحيوان واتلافه أو ذبح الكثير منه الذي يكفي يسيره ويخرج فيه عن حد الاقتيات البالغ إلى حد الفساد والانتهاب والتبذير فإن ذلك ممنوع إلا أن يريد إفساده إذا لم يقدر وأعلى العدو إذا لم يطبقوا انتقاله
 (فصل) وقوله ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيئا يرجع به إلى أهله يريد ماله من ذلك بالوقفة وإنما له أن يأكل كل منه حتى ينصرف فإن فضل منه شيء تصدق به إلا أن يكون التافه اليسير كالقديد والكعك مما يقل ثمنه (مسئلة) وأما ما أخذ من ذلك للقوة والاستعداد كالفرس والسلاح والثوب ينتفع به حتى ينقضي غزوه فهذا يختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم له أن يأخذ ذلك من احتاج إليه بغير إذن الإمام وينتفع به حتى ينقضي غزوه وروى علي بن زياد وابن وهب ليس له أن يأخذ شيئا من ذلك ولا ينتفع به وجه ما قاله ابن القاسم أن هذا مما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به فجاز أن ينتفع به من أخذه دون قسمة كالطعام ووجه الرواية الثانية أن هذا مما ينتفع به مع بقاء عينه وله قيمة فلم يكن لأحد من الغنائم الانتفاع به كالذهب والورق والحلي والوطاء ص * سئل مالك عن رجل يصيب الطعام في أرض العدو فيأكل كل منه ويتزود فيفضل منه شيء يصلح له أن يحبسها فيأكله في أهله أو يبيعه قبل أن يقدم بلاده فينتفع بثمنه قال مالك إن باعه وهو في الغزو فإني أرى أن يجعل ثمنه في غنائم المسلمين وإن بلغ به بلده فلا أرى بأسا أن يأكله وينتفع به إذا كان يسيرا تافها * ش وهذا كما قال أنه إن باع شيئا مما فضل عنه من الطعام أو ما لم يفضل منه وكان محتاجا إليه فأراد يبيعه من تجار معه فإنه على ضربين أحدهما أن يرغب في بيعه رغبة في ثمنه واختصاصه به فإن ذلك غير مباح له

لأنه إنما أبيع له أكله والانتفاع به وأما بيعه وأخذ ثمنه فغير جائز ووجه ذلك أنه لا يملكه قبل الأكل
ولذلك لو أقرضه أحد من الغازين أو باعه منه بنسيئة لم يلزم المبتاع أن يقضيه الثمن ولا المقترض أن
يوفيه القرض (مسئلة) وأما أن باعه لحاجة أن يصرف ثمنه فيما يحتاج اليه من السلاح واللباس
فقد قال ابن سحنون عن بعض أصحابنا لا بأس بذلك لأن له أن يأخذ هذا من المغنم إذا وجد فيه فإذا لم
يجده وأمكنه أن يأخذ من المغنم ما أبيع له أخذه ليتوصل به اليه فإن له ذلك كما لو بذل طعاما لا يحتاج
اليه في طعام محتاج اليه وهذا يقتضي أنه يجوز أن يبتاع به طعاما وقد قال ابن حبيب هو مكروه لأنه إذا
صار ثمننا وجب أن يرجع مغنا وهذا يقتضي أنه لا يجوز أن يبتاع به طعاما وأنه متى صار ثمننا وجب أن
يرجع مغنا كما لو أخذ ديناراً أو درهما فإنه لا يجوز له أن ينفر دبه

﴿ ما يرد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو ﴾

ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر أبق وأن فرسالة عارفا صابها ما المشركون ثم غنمها
المسلمون فردا على عبد الله بن عمرو ذلك قبل أن تصيبها المقاسم * ش قوله أن عبدا لعبد الله
ابن عمر أبق يريد ذهب وان فرسالة عار يريد أيضا ذهب قال أبو عبد الله البخاري عار الفرس مشتق
من العير وهو حمار الوحش يريد أنه فعل مثل فعله في النفر والفرار وقال ابن دريد في جهرته عار
الفرس يعير عيرا إذا انطلق من مربضه فذهب على وجهه وكذلك البعير وقوله فأصابها ما المشركون
يريد صار ذلك بأيديهم وفي قبضتهم وحيازتهم ثم غنمها بعد ذلك المسلمون فردا على عبد الله بن عمر
يريد أنه ما ردا إلى ملكه لما علم أنهم ماله قبل أن تصيبها المقاسم يريد مقاسم الغنائم من أهل الجيش
وهذا حكم ما أصابه المشركون من أموال المسلمين ثم غنمها المسلمون فعرفه صاحبه قبل أن يقسم وفي
هذه ثلاث مسائل أحدها أن يعرف صاحبه والثانية أن يعرف أنه لمسلم ولا تعرف عينه والثالثة
أن لا يعرف شيء من ذلك فأما أن عرف صاحبه وكان حاضرا فإنه يدفع اليه لحديث عبد الله بن عمر
ولأنه باق على ملكه لم يزل عنه بتجدد ملك عليه (فرع) فإن كان صاحبه غائبا معروفا بعينه فإنه
يوقف له قاله سحنون وقال ابن المواز ينظر الإمام في ذلك للغائب فإن رأى أن ينفذه اليه وتكون
عليه النفقة والاجرة فعل وإن رأى أن يبيعه عليه ويوقف له الثمن فعل وروى ابن وهب عن مالك
أن عرف صاحبه ولم يستطع تسليمه اليه قسم وجه القول الأول أنه باق على ملكه لم تفته القصة
فوجب أن لا يفوت عليه بالقسمة كما لو كان حاضرا وجه القول الثاني أنه لو كان حاضرا لم يتقرر
ملكه عليه إلا أن يدعيه فإذا كان غائبا وكان ثم من يستحقه لم يحكم له به كما لو كان في يد مالك معين
(مسئلة) فإن عرف أنه لمسلم ولم تعرف عينه فالذي عليه جمهور أصحابنا أنه يقسم بين الغانمين ولا
يكون له إذا قدم إلا بالثمن بمنزلة ما لم يعرف أنه لمسلم وقال القاضي أبو محمد أن علم أنه لمسلم لم يجز
للجيش تملكه وقسمته ولزم تركه إلى أن يأتي ربه وجه القول الأول أنه في أيدي الغانمين مستحقين له
فلا يخرج عن أيديهم إلا بأن يستحقه معين يدعيه ووجه الرواية الثانية أن الغانمين لا يدعون ملكه
إلا من جهة الغنيمة وقد ثبت لهم مالك تقدم ملكه فكان أحق بملكه (مسئلة) فإذا لم يعرف أنه
لمسلم فلا خلاف في أنه يباع في المقاسم لأنه بمنزلة سائر النفي وهذا إذا كان المشركون قد أخذوا ذلك
من غير اختياره فأما أن دفعه اليهم طوعا مثل أن يبيعه منهم فلا يوفوه ثمنه أو يخافهم فيصالحهم به فلا
حق له فيه إذا غنمها المسلمون قاله سحنون ووجه ذلك أنه سلمه اليهم باختياره وملكهم إياه وذلك

﴿ ما يرد قبل أن يقع
القسم مما أصاب العدو ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
أنه بلغه أن عبدا لعبد الله
ابن عمر أبق وأن فرسالة
عار فأصابها المشركون
ثم غنمها المسلمون فردا
على عبد الله بن عمرو ذلك
قبل أن تصيبها المقاسم

تخرج عن ملكه فلا حق له فيه ص **قال يحيى** وسمعت مالكا يقول فيما يصيبه العدو من أموال
 المسلمين انه ان أدرك قبل أن تقع فيه المقاسم فهو رد على أهله وأما ما وقعت فيه المقاسم فلا يرد على
 أحد **ش** وهذا كما قال انه ان أدرك قبل المقاسم فانه يرد على صاحبه يكون أحق به من الغانمين
 وغيرهم وأما اذا لم يعلم انه له حتى وقعت فيه المقاسم فانه لا يرد على صاحبه ومعنى الردها هنا انه
 لا يكون أحق به دون ثمن وذلك ان أخذ أهل الشرك الشيء على وجه القهرة شبهة تملك وهكذا كل
 ما تملكوه على وجه لا يصلح للمسلم أن يملك عليه فانه له ويصححه اسلامه عليه أو الحكم له بصحته
 وقال الشافعي لا يصح ملكهم لشيء الا على الوجه الذي تملك عليه المسلمون ومن أسلم منهم وفي يده شيء
 من أموال المسلمين فلا شيء له فيه وورد الى صاحبه وكذلك ما أصابوا من أموال المسلمين ثم غنمه
 المسلمون فلا يعلم بذلك حتى قسم فان صاحبه أحق به يرد اليه بغير شيء ويعطى من صار اليه في قسمه
 قيمته من بيت المال والدليل على ما نقوله ان القهر والغلبة جهة يملك بها المسلم على المشرك فجاز
 أن يملك بها المشرك على المسلم كالبيع والصلح (مسئلة) اذ اثبت ذلك ففي هذا مسئلتان
 اخداهما أن يجد الانسان ملكه في الغنيمة قبل القسمة فلهذا أن يأخذه بغير قيمة وبهذا قال أبو
 حنيفة والشافعي وقال عمرو بن دينار اذا وصل الى دار الحرب ثم أخذه المسلمون بعد هذا فهو
 للغانمين والدليل على ما نقوله ان ملك المشركين على ما غنوه لم يستقر ولو استقر لما كان لصاحبه
 قبل القسمة ولا بعدا وانما يتقوى بشبهة الاسلام فاذا لم تقترن به شبهة الاسلام فهو على ملك صاحبه
 الأول (مسئلة) فان أثبتنا صاحبه بعد القسمة فهو أحق به وروى عن عمر بن الخطاب انه قال
 من هو بيده أحق به والدليل على ما نقوله ان من صار بيده له فيه شبهة ملك ومن كان له ملك
 ثابت صحيح كان أولى وحيازة المشركين له شبهة ملك لم تتم لان تمامها لا يكون الا بالاسلام فبقى
 لصاحبها فيها حق ولو أسلم من هي في يديه لبطل حق السيد منها لتمام ملكه لها وحكم الامام ببيع
 العبد وقسمة ثمنه ليس بحكم باطل حقه منه وانما هو حكم بصحة أخذ الغانمين ثمنه ويبقى له فيه أن
 يفقده بذلك الثمن أو يتركه ولو حكم الامام باطل حقه منه لما كان له رجوع فيه على قول سحنون
 ويرجع فيه على قول ابن القاسم لانه حكم غير جائز لانه لم يطالب به أحد ولا دعت اليه ضرورة فلم يكن
 فيه غير مجرد الضرورة فيجب أن يرد فيه وينقض (فرع) اذ اثبت له أخذه فانه لا يكون
 له أخذه الا بالثمن يريد من عنده وقال الشافعي تدفع اليه القيمة من بيت المال والدليل على صحة
 ما نقوله ان العبد لا يدفع الى بيت المال وانما رد الى سيده فوجب أن تكون القيمة على من يصير
 اليه العبد أو يكون استحقاقا تاما فلا تجب فيه القيمة على أخذه ص **وسئل مالك** عن رجل حاز
 المشركون غلامه ثم غنمه المسلمون قال مالك صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم مالم تصبه
 المقاسم قال فان وقعت فيه المقاسم فاني أرى أن يكون الغلام لسيده بالثمن ان شاء **ش** قوله ان
 صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم يريد ان له أن يأخذه ولا يدفع فيه قيمة وهو ما يساوي يوم
 أخذه له ولا ثمن ان كان وقع فيه تباع بين المشركين قبل أن يغنم ولا يغرم بسبب ذلك من أنفق عليه
 ولا يكلف بسببه ووجه ذلك ان الغنيمة لا يستقر ملك الغانمين عليها بنفس الغنيمة وانما يستقر
 بالقسمة وبه قال القاضي أبو الحسن وهو مذهب أبي حنيفة وملك صاحبه يتقرر عليه حال الغنيمة
 فكان له أخذه بغير ثمن وأما ما بعد القسمة فلا خلاف في تقرير ملك الغانمين عليها فلم يكن لصاحب
 ذلك أخذه الا بالثمن كالشفعة

قال وسمعت مالكا يقول
 فيما يصيبه العدو من أموال
 المسلمين انه ان أدرك قبل
 أن تقع فيه المقاسم فهو رد
 على أهله وأما ما وقعت
 فيه المقاسم فلا يرد على
 أحد **وسئل مالك** عن
 رجل حاز المشركون غلامه
 ثم غنمه المسلمون قال
 مالك صاحبه أولى به بغير
 ثمن ولا قيمة ولا غرم مالم
 تصبه المقاسم فان وقعت
 فيه المقاسم فاني أرى أن
 يكون الغلام لسيده
 بالثمن ان شاء

(فصل) وقوله فان وقعت المقاسم فاني أرى أن يكون الغلام له بالثمن ان شاء يريد بالثمن الذي صار الى الذي هو في يده بالقسمة ان كان الفى بيع وقسمت الأثمان وان كان الفى قسم فبقيمته يوم دفع اليه في القسمة وسواء دخل العبد زيادة أو نقصان عمى أو غيره فان صاحبه لا يأخذه الا بجميع الثمن لانه انما يستحقه بسبب قديم كالشفعة (مسألة) فان ادعى من صار اليه العبد بالقسمة ثمنا وأنكره المستحق فهو مصدق فيما يشبهه فان أتى بما لا يشبه رد الى القيمة ووجه ذلك انه يخرج العبد من يده بعوض فكان القول قوله في ذلك العوض ما لم يتبين كذبه كالشفعة ص * قال مالك في أم ولد رجل من المسلمين حازها المشركون ثم غنمها المسلمون فقسمت في المقاسم ثم عرفها سيدها بعد القسم انها لا تسترق وأرى أن يفتديها الامام لسيدها فان لم يفعل فعلى سيدها أن يفتديها ولا يدعها ولا أرى للذي صارت اليه أن يسترقها ولا يستحل فرجها وانما هي بمنزلة الحرة لان سيدها يكلف أن يفتديها اذا جرت فهذا بمنزلة ذلك فليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها * ش وهذا كما قال ان أم الولد قد ثبتت ولاؤها للسيدة ولم يكمل عتقها لان سيدها قد بقي له فيها الاستمتاع وأكثر أحكام الرق من انتزاع المال والحجر وغير ذلك فاذا غنمها المشركون ثم صارت بأيدي المسلمين بالغنيمة فان علم بذلك قبل القسمة فهي لسيدها وان لم يعلم بذلك حتى تصيبها المقاسم فان مالكا قال يفتديها الامام لصاحبها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا يفتديها بنفسه صاحبها وجه قول مالك ان الامام يفتديها له انما ذلك لان صاحبها يجبر على افتكاكها وليس سبب ذلك من جهته ولا من جهتها وانما ألزمه الامام ذلك بما فعل من القسمة وليس هذا بمنزلة الأمة لان له تركها وهذا ليس له اسلامها وتركها وجه الرواية الثانية ان لصاحبها فيها بقية ملك فلزمه أن يفتدي ذلك المملوك منها لان القسمة شبهة ملك واذا كان منها ما يصح ملكه جاز أن يصح شبهة ملكه فاذا لم يصح الانتفاع بها الا لسيدها أجبر على أن يفتدي تلك المنفعة منها لان غيره لا ينتفع بها ولا يجوز له تسليمها لانه لا يملك اباحة ما يملك منها غيره

(فصل) وقوله فان لم يفتدنا الامام فعلى سيدها أن يفتديها يريد ان الامام ان ترك الواجب عليه من ذلك أو رأى فيه غير ما رآه مالك فان على سيدها أن يفتديها على كل حال وبما اذا يفتديها اختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن القاسم عن مالك ان عليه أن يفتديها بثمن الذي أخذها به كان أكثر من القيمة أو أقل وحكى ابن المواز عن أشهب والمغيرة ان على سيدها الأقل من القيمة والثلث وجه قول مالك ان ما افتدى من ذلك لحق القسمة فانما يفتدى بالثمن كالأمة ووجه القول الثاني انه يجبر على افتدائها فلزمته القيمة ان كانت أقل من الثمن وليس ذلك بمنزلة الأمة فانه مخير بين افتدائها وتركها فلذلك لزمه الثمن الذي اقتسمت به (مسألة) فان ماتت قبل الحكم للسيدة فلا شيء عليه من قيمتها لان الثمن انما هو ليفتديها فاذا ماتت فلا شيء عليه من فدائها وكذلك لو مات سيدها قبل أن يحكم له بها فهي حرة ولا شيء عليها ولا على تركتها سيدها قاله سحنون ووجه ذلك انها تعتق بموته ولا تتبع تركه السيد بشئ لانه لا يقوم على ميت ولا تتبع هي بشئ لان ذلك ليس بسببها بخلاف الجنابة

(فصل) وقوله ولا أرى للذي صارت له أن يسترقها ولا يستحل فرجها يريد لان فيها ملكا لسيدها ولا تصح ازالته الى رق واذا لم يحل للثاني استرقاقها لم يحل له وطؤها وانما له على سيدها عوض ما يملكه سيدها منها فلما لم يتقرر ذلك ولم يميز كان عليه قيمة رقبته لان رقبته مشغولة بما بقي لسيدها فيها من الملك ولانها لو قتلت لكان له قيمتها فان كان غنيا أخذ ذلك منه وان كان فقيرا اتبع

* قال مالك في أم ولد رجل من المسلمين حازها المشركون ثم غنمها المسلمون فقسمت في المقاسم ثم عرفها سيدها بعد القسم انها لا تسترق وأرى أن يفتديها الامام لسيدها فان لم يفعل فعلى سيدها أن يفتديها ولا يدعها ولا أرى للذي صارت له أن يسترقها ولا يستحل فرجها وانما هي بمنزلة الحرة لان سيدها يكلف أن يفتديها اذا جرت فهذا بمنزلة ذلك فليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها

في ذمته وان كان ميتا بطل حقه

(فصل) وقوله انما هي بمنزلة الحرية يريدانه لا يصح لمن هي في يده أن يملكها فهي بمنزلة الحرية في حقه وقوله لان سيدها يكلف أن يفتديها اذا جرحت يريدانها لو جنت على أحد لكلف سيدها أن يفتديها فهذا بمنزلة ذلك في وجوب افتدائها عليه وقياسه على الجنابة يقتضي ان على سيدها أن يفتكها ممن هي في يده بالأقل من الثمن والقيمة كالجنابة انما هي الأقل من الارش والقيمة

(فصل) وقوله وليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها يريدانه لا يجوز له ذلك فيجبر على افتكاكها ص وسئل مالك عن الرجل يخرج الى أرض العدو في المفاداة أو لتجارة فيشتري الحر أو العبد أو يوهب له فقال اما الحر فان ما اشتراه به دين عليه ولا يسترق وان كان وهب له فهو حر ولا شيء عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فهو دين على الحر بمنزلة ما اشترى به وأما العبد فان سيده الاول مخير فيه ان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذي اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه وان كان وهب له فسيده الاول أحق به ولا شيء عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فيكون ما أعطى فيه غرما على سيده ان أحب أن يفتديه ✽ ش وهذا كما قال ان الرجل اذا خرج الى أرض العدو في المفاداة أو لتجارة الخروج الى أرض العدو على ثلاثة أضرب الجهاد والمفاداة والتجارة فاما دخول أرض الحرب للجهاد فقد تقدم ذكره وفضله وأما دخولها للمفاداة ودخولها للتجارة فقال سحنون من ركب البحر الى بلاد الروم في طلب الدنيا فهي جرحه ونهى عن التجارة الى أرض السودان لان أحكام الكفر تجري هناك عليه

(فصل) وقوله فيشتري الحر أو العبد أو يوهب له اما شراء الحر فانه لا يصح الا بان لا يعلم انه حر فاشتراه ثم تبين له ذلك ولعله سمي الفداء شراء والأصل في ذلك ان فداء المسلمين وتخليصهم من ايدي المشركين واجب لازم رواه أشهب عن مالك قال ولو لم يقدروا ان يفتدوهم الا بكل ما يملكون فذلك عليهم وقال أشهب لما سئل عن فدايتهم بالخر لا يقدون بها ولا يدخل في نافلة بمعية فسيماها نافلة ولعل هذا أن يكون رأى أشهب وروى عن مالك خلافا وجهورا أصحابنا على قول مالك والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني والدليل على ذلك من جهة المعنى ما احتج به مالك من انه يلزم القتال لاستنقاذهم وفيه اتلاف المهج وسفك الدماء فبان يلزم استنقاذهم بالمال أولى وفي هذا الباب خمس مسائل احداها فيما يجوز فداؤهم به والثانية في الحكم بيننا وبينهم ان لم يتفق الفداء والثالثة في وجوب الرجوع على الأسير بمافدى والرابعة في تبين من لا يرجع عليه بالفداء والخامسة في نداعى الأسير والمفادى في مبلغ الفداء ✽ فاما الاولى فاختلف أصحابنا فيها فذهب ابن القاسم الى انه يفدى من الأموال بما يجوز أن يملكهم اياه ولا يتقون به فاما ما لا يجوز أن يملكهم اياه من رقيق المسلمين فلا يندون به لانه فداء مسلم بمسلم وحقه ما واحد في وجوب الاستنقاذ منهم وكذلك الخمر والخنزير فانه لا يجوز أن يملكهم شيئا منه وكذلك ما يتقون به على المسلمين كالخيل والسلاح لانهم يرفعون اليها أسيرا واحدا ويتقون بما يصير اليهم من الخيل والسلاح على جماعة المسلمين وقال ابن الماجشون وأشهب يفدون بجميع أنواع المال مما يمكننا نحن أن نملكه ونملكهم اياه فاجازا فداءهم بالخيل والسلاح ووجه ذلك ان الخيل والسلاح قوتهم بها متربة مؤجلة واذا تبين لهم هذا المسلم موجودة وقال سحنون يفدون بكل شيء حاشا المسلمين فجوز فداءهم بالخر فقال تباع لهم الخمر للفداء وهي ضرورية

وسئل مالك عن الرجل يخرج الى أرض العدو في المفاداة أو لتجارة فيشتري الحر أو العبد أو يوهب له فقال اما الحر فان ما اشتراه به دين عليه ولا يسترق وان كان وهب له فهو حر وليس عليه شيء الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فهو دين على الحر بمنزلة ما اشترى به وأما العبد فان سيده الاول مخير فيه ان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذي اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه وان كان وهب له فسيده الاول أحق به ولا شيء عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فيكون ما أعطى فيه غرما على سيده ان أحب أن يفتديه

ووجه ذلك ان الضرورة تبيح الانتفاع بالمحرمات ولذلك أبيع كل الميتة وضرورة هذا الأسير مثل
 ذلك وأشد فكان له الانتفاع بالخمر والخنزير لازالة ضرورته * وأما المسئلة الثانية وهي أن يأتي
 أهل الحرب بأسرى المسلمين للفداء فيطلبون فيهم ما لا يستطيع فيريدون صرفهم الى بلد الحرب
 قال مالك وابن القاسم لهم أن يرجعوا بهم ولا يؤخذون منهم الا برضاهم وقال ابن الماجشون وغيره ان
 أراد الذي في يده الأسير قيمته أو أكثر من ذلك ييسر دفعته اليه ولا يأخذ منهم قهرا ودفعته اليهم قيمته
 وجه قول مالك انهم نزلوا على عهد فلا يجوز نقضه وغلبتهم على ما بأيديهم ووجه القول الثاني ما
 احتج به أصبغ اننا لم نعهدهم على مخالفة أحكام الله تعالى وانما عاهدناهم على أن نفي لهم بشر وطهم
 ما لم يخالفوا الحق (فرع) وأما الذي يراعى في قيمتهم قال سحنون يراعى في ذلك فداء مثلهم ليس
 القرشي والعربي كالأسود والمولى قال ابنه فقد فديت الأسارى الذين كانوا بسر دانية على قيمتهم
 عبيدا قال انما ذلك لأنهم غير معروفين عندي من ذوى القدر * وأما المسئلة الثالثة وهي
 وجوب الرجوع على الأسير بالفداء لمن شاء ذلك فالذي عليه جمهور أصحابنا أن الاجنبي يرجع
 على الاجنبي بما فداه به وان كان أضعاف ثمنه قاله ابن القاسم وسحنون فان وجدته عنده أخذه منه
 قال عبد الملك وسحنون وهذا أحق بماله من غرمائه حتى يستوفي الفداء واحتج عبد الملك بان
 الفداء آكد من الدين لأنه يعبر على فدائه بأضعاف قيمته ودينه انما يدخل في ذمته باختياره وقال
 محمد بن المواز انما هذا في ماله الذي أحرزه العدو مع رقبته (فرع) فان كان ما اشتراه به ماله
 مثل رجوع عليه بمثله وان كان مما يرجع الى القيمة رجوع عليه بقيمته فان كان خرا أو خنزيرا فقد
 قال سحنون ان كان المشتري مسلما لم يرجع عليه بشئ هنه راية ابنه عنه ويحتمل على قوله انه
 اشتراه بالخمر والخنزير انه يرجع على الأسير بثمن ذلك قال سحنون وان كان المشتري ذميا رجوع
 عليه بقيمة الخمر والخنزير لأنه مال وان كان ممن يبول الميتة فهذا حكمها * وأما المسئلة الرابعة
 وهي تمييز من يرجع عليه بالفداء من غيره فالناس في ذلك على ثلاثة أضرب أحدهم وذو محارم
 ومن يعتق عليه فأما الا جانب فانه يرجع عليهم على كل حال إلا أن يريد الصدقة عليهم وكذلك الاقارب
 ممن ليسوا بذى محارم فلذلك جعلناهم في جملة الأجانب وأما من يعتق عليه فلا رجوع له عليهم فيما
 فداهم به عرفهم أو لم يعرفهم إلا أن يقول له افدوك الفداء على * وأما ذو المحارم غيرهم والزوجة فانه
 ان فداهم وهو لا يعلم من هم فله الرجوع عليهم لأنه لم يقصد الهبة فان عرفهم فلا رجوع له عليهم إلا أن
 يأمرهم بفدائهم ليرجع عليهم قال سحنون والاصل في ذلك أن كل من لا يرجع عليه بثواب الهبة
 فانه لا يرجع عليه بالفداء ومن يرجع عليه بثواب الهبة فانه يرجع عليه بالفداء وقد قال القاضي أبو
 محمد في هبة أحد الزوجين الآخر وايتان عن مالك أحداهما لا ثواب عليه وعلى هذا بنى سحنون
 هذه المقالة والثانية عليه الثواب فيجب أن يرجع أحد الزوجين على الآخر بالفداء قياسا على هبة
 الثواب * وأما المسئلة الخامسة وهي تداعى الأسير والمفادى في الفداء فاختلف أصحابنا فيه
 فذهب أكثرهم الى أن القول قول الأسير في انكار الفداء بجملة وفي انكار بغضه فان أتى بما
 يشبه حكم عليه به ولم يقض عليه بغيره سواء أخرجه من أرض الحرب أو لم يخرج منه مناه واه ابن حبيب
 عن ابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وأصبغ قال ابن حبيب وقيل اذا أقر الأسير أنه فداه
 واختلفا في قدر الفداء فالنابى مصدق ويصير كآخر من في يديه وهذا خلاف قول مالك وقد قال
 سحنون مثل هذا القول قول النابى اذا كان الأسير بيده

عن ماجاء في السلب في النفل * * حدثني يحيى عن مالك (١٨٩) عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن كثير بن أفلح

عن أبي محمد مولى أبي قتادة عن أبي قتادة بن ربعي أنه قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة قال فرأيت رجلا من المشركين قد علل رجلا من المسلمين قال فاستدرت له حتى أتيت من ورائه فضربت به بالسيف على جبل عاتقه فأقبل على فضمي ضمة وجدت مناريج الموت ثم أدركه الموت فأرسلني قال فلقيت عمر بن الخطاب فقلت ما بال الناس فقال أمر الله ثم إن الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بيعة فله سلبه قال فقممت ثم قلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال من قتل قتيلا له عليه بيعة فله سلبه قال فقممت ثم قلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال ذلك الثالثة فقممت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة قال فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتل عندى فارضه عنه يا رسول الله فقال له

(فصل) وقوله وأما العبد فان سيده الأول مخير فيه فان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذي اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه هذا حكم العبد القن سيده مخير فيه وكذلك المكاتب والمدبر والمعتق الى أجل وأما أم الولد فانه يجبر على أخذها بالثمن الذي اشترى به والفرق بينهما أنه يجوز بيع ماله في المكاتب والمدبر والمعتق الى أجل وأخذ العوض عنه ولا يجوز له ذلك في أم الولد

﴿ ما جاء في السلب في النفل ﴾

ص ماله عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن كثير بن أفلح عن أبي محمد مولى أبي قتادة عن أبي قتادة بن ربعي أنه قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة قال فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين قال فاستدرت له حتى أتيت من ورائه فضر بته بالسيف على حبل عاتقه فأقبل على فضمني ضمة وجدت منها ربح الموت ثم أدركه الموت فأرسلني قال فلقيت عمر بن الخطاب فقلت ما بال الناس فقال أمر الله ثم إن الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بيعة فله سلبه قال فقممت ثم قلت من يشهد لي ثم تجلس ثم قال من قتل قتيلا له عليه بيعة فله سلبه قال فقممت ثم قلت من يشهد لي ثم تجلس ثم قال ذلك الثالثة فقممت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله يا أبا قتادة قال فاقصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يارسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه عنه يارسول الله فقال أبو بكر لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فأعطه إياه فأعطانيه فبعت الدرع فاشتريت به مخرفا في بنى سلمة فانه لا أول مال تأثله في الإسلام ش قوله فلما التقينا كانت للمسلمين جولة يريد بعض الانهزام وانما انهزمت مقدمة الجيش والنبي صلى الله عليه وسلم ثابت ولذلك قال رجل للبراء بن عازب يا أبا عمارة أكنتم فررت يوم حنين قال لا والله ما ولي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه خرج سباق أصحابه وخفاهم حسرا ليسوا بسلاح فأتوا قومار مائة جمع هو ازن وبني نصر ما يكاد يسقط لهم سهم فرشقوهم رشقا ما يكادون يخطئون فأقبلوا هناك إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو على بغلته البيضاء وابن عمه أبو سفيان بن الحرث بن عبد المطلب يقوده فنزل واستنصر ثم قال أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب ثم صف أصحابه

(فصل) وقوله فرأيت رجلا من المشركين قد علار رجلا من المسلمين يحتمل أن يريد ظهر عليه وأشرف على قتله ويحتمل أن يريد أنه صرعه وقوله فاستدبرته حتى أتيت من وراءه فضربته بالسيف على جبل عاتقه ظاهر هذا أنه لم يبرز أحدهما إلى صاحبه ويؤكد هذا قوله فاما التقينا كآنت للمسلمين جولة وانه انما لقي أحدهما الآخر بالتقاء الجيش ولو كان كل واحد منهما ببرز إلى صاحبه لم يجز لأبي قتادة أن يقتله اذا ظهر على المسلم واختلف أصحابنا في جواز دفع المشرك عن المسلم اذا تبارزا وظهر عليه وخيف عليه أن يقتله فقال أشهب وسحنون يعان ويدفع عنه المشرك ولا يقتل لان مبارزته عهدان لا يقتله الا من بارزه وقال سحنون أيضا لا يعان بوجه رواه ابن المواز عن ابن القاسم * وسئل مالك أيعان فقال ان خاف الضعف فلا يبارز (فرع) فان قتل المشرك

بكرلاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه إياه فاعطانيه فبعت الدرع فاشتريت به مخرفا في بني سامة فانه لا اول مال تأثنته في الاسلام

غير الذي يبارزه فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم على الذي قتله ديتيه وقال أشهب لادية عليه
(مسئلة) فان بارز ثلاثة من المسلمين ثلاثة من المشركين فلا بأس لمن قتل صاحبه من المسلمين
أن يعين صاحبه في القتل والدفع كما فعل علي بن أبي طالب رضي الله عنه وحزرة بن عبد المطلب
في معونة عبيدة بن الحريث يوم بدر ووجه ذلك أنهم قد رضوا بتعاونهم فهم بجماعة الجيش تلقى جماعة
جيش آخر فلا بأس بتعاونهم

(فصل) وقوله فضمني ضمة وجدت من هارج الموت يريد أنه وجد من شدتها ألمها يقرب من ألم
الموت ويحتمل أن يريد أنه خاف من شدتها الموت وقوله ثم إن الناس رجعوا ويحتمل أن يريد
رجعوا من جولتهم ويحتمل أن يريد رجعوا من القتال بعد الفراغ منه وقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه والذي ذهب إليه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ذلك بعد أن برد القتال ولو لم يبق له لم يكن للقاتل سلب فان السلب الذي نقله رسول الله صلى
الله عليه وسلم للقاتل إنما هو من الخمس والدليل على أن هذا القول إنما كان بعد الفراغ من
القتال الذي فيه وقع القتال قوله ثم إن الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه وهذا يقتضي أن قوله صلى الله عليه وسلم كان بعد رجوعهم فان كان
رجوعهم ذلك من القتال فهو ما قلناه وإن كان رجوعهم من الهزيمة فانه يقتضي أنه صلى الله عليه
وسلم قال ذلك بعد التراجع من الهزيمة فحين قتل قبل التراجع ولذلك قام أبو قتادة فحين قتل قبل
التراجع وقضى له بسلبه ووجه آخر وهو أن القنبي وهو أثق الناس وأحفظهم لحديث مالك قال
في هذا الحديث ثم إن الناس رجعوا وجلس النبي صلى الله عليه وسلم فقال من قتل قتيلا فله سلبه
وهذا يدل على أنه بعد الفراغ من القتال لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان راكبا على بغلته في حال
القتال ومعلوم أنه لا يرجع عنه إلى الجلوس والراحة إلا بعد الفراغ منه ووجه آخر وهو أنه لا خلاف
أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قال ذلك بعد الفراغ ورجوع الناس من الهزيمة وهذا يدل على أنه
لم يرد به التعريض ولو أراد به التعريض على القتال ذلك اليوم لقاله في أول القتال وقبل الهزيمة
ووجه رابع وهو ما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم
فقال الرجل يقاتل لغيره ويقاتل للحمية ويقاتل ليري مكانه من الشهداء فقال من قاتل لتكون
كلمة الله هي العليا فذلك في سبيل الله وإذا قال ذلك الإمام بعد تقضي الحرب كانت النيات قبله سليمة
صحيحة ولم يقاتل أحدا لتكون كلمة الله هي العليا وإذا قاله في أول القتال أثر ذلك في النيات
وعرض الناس ليقاتلوا لما يحصل لهم من السلب (مسئلة) والدليل على أنه من الخمس حديث
عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية قبل نجد فغنوا إبلا كثيرة فكانت
سهمانهم اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعير فوجه الدليل منه أنه ذكر أن سهمانهم
بلغت أحد عشر بعيرا ثم نفلوا بعيرا بعيرا وهذا يدل على أن النفل من غير الأربعة الأخماس ولا مكان
له غير الخمس ومما يبين ذلك من جهة المعنى أن الأربعة الأخماس من الغنمة للغنمين تجب المساواة
بينهم فيه لا يزداد أحد منهم لغنائه ولا لقتال ولو كان فيه تفضيل لقتل أو قتل لوجب أن يفاضل بينهم
للفناء فلا يأخذ عبد الله بن مسعود وأبو هريرة ما يأخذ علي بن أبي طالب والزبير بن العوام وخالد
ابن الوليد والبراء بن مالك وأبو فتادة الأنصاري رضي الله عنهم ولما جع المسلمون على أن أخذهم
سواء له وإن اختلفوا وتباينوا في القتل والقتال بطل أن يكون للقتل حصة لأحد من الأربعة

الأخماس وإنما يكون التفاضل في الخمس فإنه محل للتفاضل والعطاء لبعض دون بعض على قدر اجتهاد الامام وأما الأربعة الأخماس فليست بمحل لاجتهاده ونحرم من هذا قياساً فنقول إن هذه مزية غناء فلم يجز أن يعاوض عليها بمزية عطاء من الأربعة الأخماس أصل ذلك لشدة القتال وحماية المسلمين والمدافعة عنهم والانفراد بأخذ الغنائم العظيمة والاموال الجسمية (مسئلة) إذا ثبت ذلك فلو أن امأما قال قبل القتال من قتل قتيلاً فله سلبه أو نفل رجل سلب قتيلاً فله من غير الخمس فإنه لا ينقض لانه من الامام حكم ماكم بقول بعض العلماء فلا ينقض قاله سحنون وفي هذا أربع مسائل احداها ما يقتضيه قول الامام من ذلك والثانية في ذكر من يستحق ذلك من الغنائم والثالثة في وصف من يستحق ذلك بقتله من المقتولين والرابعة في وصف السلب الذي يستحق بذلك فأما ما يقتضيه قول الامام من ذلك فان الامام اذا نادى في ذلك بلفظ يعمه ويم الناس مثل أن يقول من قتل قتيلاً فله سلبه فان هذا الحكم ثابت له ولجميع الناس وان خص نفسه بان قال ان قتل قتيلاً فلي سلبه لم يكن له من ذلك شيء لانه قد حابي نفسه وأظهر ما نهى عنه من ترك المعدلة فلم يجز حكمه ووجب نقضه وان قال من قتل منكم قتيلاً فله سلبه فان هذا الحكم ثابت للناس دونه لانه قد أخرج نفسه منه بقوله منكم قال ذلك كله سحنون (مسئلة) واذا قال الامام من قتل قتيلاً فله سلبه فكان القاتل ممن لا يسهم له فقد روى ابن سحنون عن أبيه ان كان القاتل ذمياً فلا شيء له من السلب وكذلك لو قتلت امرأة قال وأشهب يرى أن يرضخ لأهل الذمة على قياس قوله له السلب من الخمس لانه نفل واختلف قول الشافعي في العبد والمرأة والصبي والأظهر عندي على مذهبه ان من قتل قتيلاً منهم فله سلبه فان اللفظ عام وأما ان كان القاتل مخذلاً أو مرجفاً على المسلمين فإنه ليس له من السلب شيء لانه لم يقاتل عن الله ورسوله (مسئلة) واذا قال الامام من قتل قتيلاً فله سلبه فقتل القاتل امرأة أو صبياً فقد حكى سحنون عن الأوزاعي ان قاتلاً فله سلبهما وهذا يقتضي أن يكون المذهب وقد رأيت لسحنون ما يقتضيه وأما من قتل مستأسراً أو من لا يدافع فليس له من سلبه شيء (مسئلة) وأما السلب الذي يستحقه القاتل بهذا القول قال سحنون قال أصحابنا لا نفل في العين وانما هو الفرس وسرجه وجامه وخاتمه ودرعه وبيضته ومنطقته في ذلك من رجليه الى ساعديه وساقيه ورأسه والسلاح ونحوه وحلية السيف تتبع للسيف ولا شيء له في الطوق والسوارين والعين كله ولا في الصليب يكون معه وقال ابن حبيب يدخل في السلب كل ثوب عليه وسلاحه ومنطقته التي فيها نفقته وسواراه وفرسه الذي هو عليه أو كان يمسكه لوجه قتال عليه فأما ان كان يجنب أو كان منفلاً فليس من السلب فتحقيق مذهب سحنون ان ما كان معه من لباسه المعتاد وما يستعين به على الحرب من فرس أو سلاح فهو من السلب ومذهب ابن حبيب ان ما كان عليه من اللباس والحلي والنفقة المعتادة وما يستعان به على الحرب فهو من السلب

(فصل) وقوله فقلت من يشهد لي ثم جلست يريد انه قام ليطلب سلب القتيلى الذي قتله لما سمع من النبي صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه ثم تأمل قوله صلى الله عليه وسلم له عليه بيعة ولم يعلم بأن أحداً رآه يشهد له بذلك فقال في نفسه من يشهد لي بذلك فلما استبعد أن تكون له بيعة بما فعل من ذلك يصل بها الى استحقاق سلب القتيلى الذي قتله جلس عن القيام في ذلك وسكت عن طلبه.

(فصل) وقوله ثم قال من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه تسكرار النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث

مرات يحتمل أن يكون قالها في ساعات مفترقة لكي يسمع قوله من يأتي بعد قوله الأول والثاني ويحتمل أن يكون جرى في ذلك على عادته صلى الله عليه وسلم أنه إذا قال قولاً أعاده ثلاثاً فيكون قال ذلك قولاً متقارباً وقيام أبي قتادة عند قوله الأول والثاني بعد أن جلس في الأول والثاني لما كان يتجدد له من الأمل في سلب قتيله بقول النبي صلى الله عليه وسلم بما كان يثبت في نفسه أنه مستحق لسلب ذلك القاتل لعلمه بقتله له ثم كان يجلس بعد ذلك عندما تبين له أنه لا يدفع إليه الابينة وكان عنده أن يثبت على ذلك معدومة وما الذي يثبت به هذا في مثل تلك المواضع أما من شهد له شاهدان بأنه قتله فلا خلاف في ذلك واحتجاج أصحابنا بخبر أبي قتادة أنه دفعه إليه بقول واحد دون يمين يدل على أنه يجوز أن يقبل فيه قول الواحد وذلك إذا قال الإمام من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه قال أبو بكر بعد ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فاضاف السلب إلى ملكه بقول الشاهد الواحد وإذا كان هكذا فطريقه طريق الخبر لا طريق الشهادة (مسئلة) وأما إذا قال من قتل قتيلاً فله سلبه ولم يشترط البينة فقد قال ابن سحنون من جاء برأس فقال أنا قتلت فقد اختلف فيه قوله فعلى قوله الأول السلب له وعلى قوله الآخر لا شيء له الابينة فاما ان جاء بسلب فقال أنا قتلت صاحب هذا السلب فلا يأخذ السلب الابينة وجه القول الأول في التفريق بين الرأس والسلب أن الرأس في الأغلب لا يكون الاي من قتله لانه أقرب اليه من غيره وهو يمنع منه من أراده ولا يتركه وقد علم أن الإمام نقله سلبه فهذا لا يشهد له وأما السلب فليس كونه يبيده شاهد له لانه موضع سلب ولا يمنع منه غيره لانه لا حق له فيه الا كحقه وأما على القول الآخر فلا فرق بينهما انه لا يصدق صاحب الرأس ولا صاحب السلب قال القاضي أبو الوليد انه يجوز أن يقبل في ذلك الشاهد الواحد على ما تقدم من احتجاج أصحابنا بقول أبي قتادة والافظا هر لفظ البينة يقتضي الشهادة ولا يكون ذلك أقل من شاهدين ولا يجوز على هذا القول في ذلك الشاهد واليمين لان الشهادة لا تتناول المال وإنما تتناول القتل وهو حكم في الجسد

(فصل) وقوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم لما رأى قيامه مرة بعد مرة اعتقد أنه ممن يستحق مثل هذا أو ممن في نفسه شبهة من استحقاقه فان كان مستحقاً له بين له وجه استحقاقه وهذا اليه فان لم يكن على ذلك الوجه بين له أنه غير مستحق له أو تفضل عليه ابتداءً ويحتمل أيضاً أن يكون اعتقد فيه أن له حاجة فزعمه الحياء من ابتدأها وتبعه حاجته على القيام اليها مرة بعد مرة فاراد أن يسهل عليه استفتاح الكلام فيها

(فصل) وقوله فاقنصت عليه يريده أنه أورد عليه ما جرى له والموجب لقيامه وجلسه فقال رجل من القوم صدق يارسول الله وسلب ذلك القاتل عندي فارضه منه يارسول الله وقول الرجل صدق شهادة لأبي قتادة بقتله وبإضافة السلب الذي عندي إلى ذلك القاتل لان القاتل للقتيل يحتاج أن يبين أحدهما مباشرة قتله والثاني أن ذلك السلب له اذا وجد السلب عليه ومعه فان قلنا ان كون رأس القاتل معه شهادة له يقبل قوله فيجب أن يكون مع ذلك سلب القاتل بيده شهادة له به هذا ان قلنا ان طريقه طريق الشهادة وان قلنا طريقه طريق الخبر فانه ظاهر فيما يدعيه

(فصل) وقول ذلك الرجل وسلب ذلك القاتل عندي عدة ورغبة إلى النبي صلى الله عليه وسلم في أن يهبه إياه من غير أن يكون قبله ويعوض أبا قتادة من ذلك ما يرضى به

(فصل) وقوله رضى الله عنه لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك

سلبه يريدان أباقتادة من أسد المؤمنين فاضافه الى الله لما كان عمله لله كما قال تعالى يشرب بها عباد الله فاضافهم الى الله تعالى لما كانوا عاملين له وقوله يقاتل عن الله ورسوله يريدانه يقاتل لتكون كلمتهما العليا ودينهما الظاهر وأضاف السلب الى القاتل بقوله فيعطيك سلبه لما كان قد استحقه بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فاستحق بذلك كل قاتل سلب قتيله بعينه وانما وقف تسليمه لوجود البينة بذلك ولما استحق أبو قتادة سلب ذلك القتيل بعينه ملك أعيان السلب ولم يكن لاحد أن يعوضه منه الا باختياره فلذلك منع أبو بكر رضي الله عنه من أن يعطى غيره شيئا من ذلك بغير رضاه وان عوض منه

(فصل) وقوله يقاتل عن الله ورسوله يقتضي أن كل من كان من المقاتلين على هذا الوجه مستحق سلب القتيل بما تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم ومن كان منهم لا يقاتل عن الله ورسوله فانه غير داخل تحت ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطاه اياه تصديقا لقول أبي بكر بالمنع من أخذ الرجل لسلب قتيل أبي قتادة وأمره باعطائه أباقتادة ما كان عنده من سلبه لانه صلى الله عليه وسلم قد كان أوجه له بقوله من قتل قتيلا فله سلبه فاعطاه اياه الرجل فباع أبو قتادة الدرع وهذا يدل على أن ذلك كان من جملة ذلك السلب قال أبو قتادة فابتعت به مخرفا والمخرف البستان تكون فيه الفا كهة من التمر وغيره والخرفة هي الفا كهة وهذا يدل على أن التمر من جملة الفا كهة لانه سمي بساتين المدينة بها وليس فيها شيء غير النخيل وأما قوله تعالى فيها فا كهة ونخل ورمان بعطف النخل والرمان على الفا كهة فعلى معنى التأ كيد وكذلك قال تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فعطف جبريل وميكائيل على الملائكة وهما من أفاضل الملائكة

(فصل) وقوله واه لأول مال تأثنته في الاسلام يريد بالمال ههنا الاصل الذي لا ينقل ولا يحول لانه لا خلاف أنه قدم ملك قبل ذلك ما يقع عليه اسم مال من السلاح وغيرها ويحتمل أن يريد بذلك غير ذلك من الاموال ولكنه لم يكن اتخذها على معنى التأثل وانما اتخذها للحاجة اليها بالاستعمال كالثوب يلبسه وغير ذلك فلم يكن على معنى التأثل ص * مالك عن ابن شهاب عن القاسم بن محمد انه قال سمعت رجلا يسأل عبد الله بن عباس عن الانفال فقال عبد الله بن عباس الفرس من النفل والسلب من النفل قال ثم عاد الرجل لمسأله فقال ابن عباس ذلك أيضا ثم قال الرجل الانفال التي قال الله تعالى في كتابه ما هي قال القاسم فلم يزل يسأله حتى كاد أن يخرج منه ثم قال ابن عباس أتدرون ما مثل هذا مثل صبيغ الذي ضرب به عمر بن الخطاب * ش سؤال الرجل عبد الله بن عباس عن الانفال ظاهره انه سأله عن الانفال المذكورة في قوله تعالى ينشأونك عن الانفال قل الانفال لله وارسول قال عكرمة ومجاهد وابن عباس هي الغنائم قيل والانفال جمع نفل وانما سميت الغنيمة نفلا لانها تفضل من الله على الناس وروى عن ابن عمرو بن عباس أيضا ان الانفال هي الزادات التي يزيدها الأئمة للناس اذا شاؤا ذلك ولو كانت فيه مصلحة وقال الحسن الانفال ما شتم العدو من عبد أو دابة للإمام أن يعطى ذلك من شاء فمن قال ان الانفال هي الغنائم قال ان الآية منسوخة بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله حصة والرسول ومن قال بالقولين بعده جعلها محكمة فاذا تقرر ما ذكرناه واحتمل أن يكون سؤال الرجل عن الانفال المذكورة فكان سؤاله عن معنى هذه اللفظة ومقتضاها فأجاب عبد الله بن عباس بأنه كرم ما يصح أن يكون منها وهو بعضها وانما يكون هذا جوابا لمن عرف أن الانفال هي الزيادة التي

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب عن القاسم بن محمد أنه قال سمعت رجلا يسأل عبد الله بن عباس عن الانفال فقال ابن عباس الفرس من النفل والسلب من النفل قال ثم عاد الرجل لمسأله فقال ابن عباس ذلك أيضا ثم قال الرجل الانفال التي قال تبارك وتعالى في كتابه ما هي قال القاسم فلم يزل يسأله حتى كاد أن يخرج منه ثم قال ابن عباس أتدرون ما مثل هذا مثل صبيغ الذي ضرب به عمر بن الخطاب

تثبت بالشرع أو بالعرف في الشرع وأما من سأل عن نفس الانتقال فليس هذا جوابه ولعل ذلك الرجل لم يتبين سؤاله ولا تبين مراده فاعتقد عبد الله بن عباس أنه لما كان يسئله عما قد جاوبه به أو لعله قد اقترن بسؤاله من سوء التأويل واطهار الإعجاب بقوله وادعاء المعرفة بما سأل عنه وانفراده بمعرفة ذلك ما يقتضي أن يجاوبه ابن عباس بما جاوبه به أو لعله رأى أنه ممن لا يستحق السؤال عن هذه المسئلة وأنه ممن يجب عليه أن يسأل عن مسائل وضوئه وصلاته لقلة معرفته فيغفل ذلك ويقبل على السؤال عن مثل هذه المسائل التي لا تليق به ولا يفهمها ولا يحتاج إلى معرفتها فلذلك قال له ابن عباس أنتهرون ما مثل هذا مثل صبيغ الذي ضرب به عمر بالدرة وقصة صبيغ المذكور ما روى سعيد بن المسيب قال جاء صبيغ التيمي إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين أخبرني عن الذاريات ذر وأقال هي الرياح قال فأخبرني عن الحاملات وقرأ قال هي السحاب قال فأخبرني عن الجاريات يسر أقال هي السفن ثم أمر به فضر به مائة وجعله في بيت فلما برأ دعا به فضر به مائة أخرى وحمله على قتب وكتب إلى أبي موسى الأشعري أن يمنع الناس من مجالسته فلم يزل كذلك حتى أتى أبا موسى فغلبه بالإيمان المغلظة ما يجد في نفسه مما كان يجد شيئا فكتب في ذلك إلى عمر فكتب عمر ما إخاله الا قد صدق نخل بينه وبين مجالسته الناس ص **سئل مالك عن قتل قتيل من العدو** يكون له سلبه بغير اذن الامام فقال لا يكون ذلك لاحد بغير اذن الامام ولا يكون ذلك من الامام الاعلى وجه الاجتهاد ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل قتيلًا فله سلبه الا يوم حنين **ش** وهذا كما تقدم من أن سلب المقتول لا يكون للقاتل الا باذن الامام وعوقوله في العموم من قتل قتيلًا فله سلبه أو قوله في الخصوص لرجل بعينه ان قتلت قتيلًا فلك سلبه وان قتلت فلانًا لرجل من المشركين فلك سلبه أو يقول من قتل قتيلًا من بني فلان من المشركين فله سلبه فيكون ذلك على حسب ما قاله ولا يكون لغيره وانما يجب للامام أن يقول على ما يؤديه اليه اجتهاده من النظر للمسلمين (فصل) وقوله ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل قتيلًا فله سلبه الا يوم حنين يحتمل معنيين أحدهما انه اذا كانت المغازي قبل حنين وبعده عريت من هذا القول ومن هذا الحكم فلم يكن لمن قتل قتيلًا سلبه الا يوم حنين فان ذلك يقتضي ان ذلك لا يكون الا باذن الامام وحكمه وان كان قاله وحكم به نفذ حكمه به وان لم يقله لم يكن لمن قتل قتيلًا سلبه والمعنى الثاني ان قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسة وأجمع المسلمون على ان أربعة أخماسه للغنائم من هذه الآية وهذه الآية نزلت في غزوة بدر وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلًا فله سلبه يوم حنين فلا يجوز أن يكون الأول ناسخًا للثاني بل لا بد أن يكون الحديث ناسخًا لبعض حكم الآية أو مخصوصًا لعمومها أو مفسرًا لحكمها وعوان هذا الجنس الذي لله ورسوله منصرف بعضه وهو سلب المقتول للقاتل اذا رأى ذلك الامام ومقاله من انه لم يبلغه ان ذلك كان الا يوم حنين فهو على ما قال فانه لا يثبت فيه شيء قبل يوم حنين وما روى من ذلك في يوم بدر فن طريق ضعيفة لا تصح والله أعلم

﴿ مَا جَاءَ فِي اعْطَاءِ النِّفْلِ مِنَ الْجَسِّ ﴾

ص * مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه قال كان الناس يعطون النفل من الخسب * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت إلى في ذلك * ش وهذا كما قال سعيد بن المسيب رحمه الله الناس كانوا يعطون النفل وهو الزيادة على انصباهم من الخسب لأنه لا يجوز أن يعطوا من غيره لأن الخسب

❖ قال وسئـل مالك عمن
قتل قتيلا من العدو
أ يكون له سلبه بغير اذن
الامام قال لا يكون ذلك
لاحد بغير اذن الامام
ولا يكون ذلك من الامام
الا على وجه الاجتهاد ولم
يـاغنى أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال
من قتل قتيلا فله سلبه
اليوم حين

﴿ ما جاء في اعطاء النفل ﴾

من الخمس ﴿

* حدثني يحيى عن مالك
عن أبي الزناد عن سعيد
ابن المسيب انه قال كان
الشاريعطون أنفلا من
الجنس قال مالك وذلك
أحسن ما سمعت الى في
ذلك

معرض لمثل هذا انما هو موقوف لمصالح المسلمين وليعط منه ما ينتفع به المسلمون وأما أربعة أخماس الغنمة فهو لقوم معينين وهو مبني على المساواة لا يفضل فيه أحد لغناء ولا ينقص منه أحد لقلة غناء وهو أحب الأقوال إلى مالك هذا يقتضي أنه أحب إليه من قول من قال من غير الخمس ولا يخمس وانما يخرج أولا الأنفال للقاتلين ثم يخمس الباقي وليس معنى قوله ان هذا القول أحب إليه من الآخر ان الآخر عنده صحيح وأنه بما يحبه ولهذا عليه مزية وانما معناه ان هذا أولى بان يؤخذ به كما يقال اقامة الحقوق أولى من تضييعها ص **قال يحيى** وسئل مالك عن النفل هل يكون في أول مغنم قال ذلك على وجه الاجتهاد من الامام وليس عندنا في ذلك أمر معروف موثق الاجتهاد السلطان ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازية كلها وقد بلغني أنه نفل في بعضها يوم حنين وانما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وفيما بعده **ش** قوله انه سئل عن النفل هل يكون في أول مغنم معناه أن ينفل قوماً ينصهم بشئ من الغنمة لا أمر ينفردون به من سرية أو نحوها مثل أن يبعث سرية وينفلها الربع بعد الخمس فان ذلك لها لأنه أمر قد حكم لها به الامام وحكمه نافذ (مسئلة) فلو غنمت هذه السرية ثم لقيها عسكر آخر للمسلمين أخرجه الخليفة إلى جهة أخرى فان كانت السرية ضعيفة عن النفوذ بما غنمته ولم يكن لها من العسكر الذي انفصلت عنه عون على ذلك فان العسكر الثاني يشركهم في النفل والغنمة فاصار للسرية من نفل أخذته وما صار لها من مغنم ضم إلى ما يأتي به العسكر الأول من المغنم وان كانت السرية قوية على التخلص لم يشركهم العسكر الثاني في نفل ولا سهم (مسئلة) وان أنفذ الأمير سرية على أن يبع بعد الخمس نفل لهم فلما فصلت أشهد انه قد أبطل ذلك فقد قال سحنون له ذلك ما لم يغنموا ولا يكون له ذلك بعد أن يغنموا

(فصل) وقوله ان ذلك على وجه الاجتهاد ليس فيه حدم معروف يريد انه على وجه الاجتهاد من الامام في مصالح المسلمين وما عودنا فعهم وليس فيه حدم معروف يريد مؤقت يلزم المصير اليه على كل حال لان ما كان مصر وقال في اجتهاد الامام يفعل له اذ رأى ذلك ويتركه اذا تركه وما حدى بالشرع ليس له النظر فيه ولذلك ما كان الخمس من المغنم لله ولرسوله ومؤقت لم يكن للامام أن يزيد فيه ولا ينقص منه باجتهاده ولما كان أربعة أخماس الغنمة بين الغنائمين على السواء لم يكن للامام أن يزيد من ذلك أحدا لغنائه ولا ينقص من حظه لضعفه لرأى يراه ولا لمصلحة يعتقدها وأما النفل فله الزيادة فيه والنقص منه فبان الفرق بينهما

(فصل) وقوله ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازية كلها يقتضي نفى ذلك من وجهين أحدهما أن يروى عن أحد من الثقات انه نفل في مغازية والثاني أن يروى عن ثقة انه نفل يوم أحد ويوم كذا حتى يستوعب ذلك مغازية وهذا اللفظ يقتضي نفى الوجهين وانما أثبت انه بلغه أن النبي صلى الله عليه وسلم نفل في بعضها وهو يوم حنين وانما أراد أن يثبت ان ذلك أمر غير لازم بالشرع وانما هو بحسب ما يراه الامام ويأذن فيه في بعض المواطن دون بعض ولو كان الأمر لازماً في كل غزوة لحكم به النبي صلى الله عليه وسلم في سائر مغازيه كما حكم به يوم حنين ولما ثبت انه حكم به في بعض المواطن ولم يبلغنا انه حكم به في غيرها ولو حكم به لبغنا كما بلغ حكمه بذلك يوم حنين ثبت انه انما يحكم به في بعض المواطن لما كان يرى فيه من المصلحة في ذلك اليوم ولا يحكم به في غيره لما كان يرى من المصلحة في ترك الحكم به في ذلك اليوم

قال يحيى وسئل مالك عن النفل هل يكون في أول مغنم قال ذلك على وجه الاجتهاد من الامام وليس عندنا في ذلك أمر معروف موثق الاجتهاد السلطان ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازية كلها وقد بلغني أنه نفل في بعضها يوم حنين وانما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وفيما بعده

(فصل) وقوله وانما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وقتما بعده يريد انه قد يرى الامام وجه الصواب في أن يأمر به في أول المغنم وهو ما ذكرناه من أن ينفل السرية فيعطى ثلث ما يغنمه أو ربعة تختص به دون الجيش لما يرى من المصلحة في ذلك للسرية والجيش وغيرهم وقد يرى الصواب أن يحكم به في آخر المغنم على حسب ما فعل يوم حنين فيفعل ذلك في آخر المغنم والله أعلم

﴿ القسم للخيل في الغزو ﴾

ص ﴿ قال مالك بلغني أن عمر بن عبد العزيز كان يقول للفرس سهمان وللراجل سهم ﴾ قال مالك ولم أزل أسمع ذلك ﴿ ش يريد للفرس سهم يخصه وهذا يقتضي أن للفرس ثلاثة أسهم وللراجل سهم واحد لانه اذا كان للفرس خاصة سهمان وللراجل الذي يركبه سهم كالراجل المفرد فانه يكون للفرس ثلاثة أسهم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة للفرس سهم واحد وللراجل سهم واحد وللفرس سهمان وللراجل سهم والدليل على ما نقوله ما روى أبو داود عن أحمد بن حنبل حدثنا أبو معاوية حدثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم لرجل وافر سه ثلاثة أسهم سهم ماله وسهمين لفرسه ودليلاً من جهة المعنى ما ذكره الشيخ أبو بكر أن الفرس لما كانت مؤنثة أكثر من مؤنثة فارسه وغناؤه أكثر من غناء الفارس يزيد في القسم من أجل ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يسهم للفرس الرهيص يدرب به كذلك قال مالك فاما المريض فاختلف أصحابنا في سهمه فقال مالك يسهم له وقال أشهب وابن نافع لا يسهم له وجه القول الاول انه على حالة يرجى برؤه ويترب الانتفاع به كالذي يصيبه القيء الخفيف وجه القول الثاني انه لا يمكن القتال عليه الآن فأشبهه الكسير (مسئلة) وأما الكسير يدرب كذلك فلا خلاف انه لا يسهم له ولو أصابه ذلك بعد الادراب لا يسهم له قاله أشهب وأصبن وجه ذلك انه على حالة لا يرجى برؤه ولا يترب الانتفاع به وقوله انه يسهم له اذا أصابه بعد ان أدرب ليس بمقتضى قول مالك وانما مقتضى قول مالك انه انما يسهم له اذا أصابه بعد حضور القتال به وانما ذلك القول مبنى على قول ابن الماجشون وهو ينص الى قول أبي حنيفة ص ﴿ سئل مالك عن رجل حضر بافراس كثيرة فهل يقسم لها كلها فقال لم أسمع بذلك ولا أرى أن يقسم الا لفرس واحد الذي يقاتل عليه ﴾ قال مالك

﴿ القسم للخيل في الغزو ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه قال بلغني أن عمر بن عبد العزيز كان يقول للفرس سهمان وللراجل سهم قال مالك ولم أزل أسمع ذلك وسئل مالك عن رجل يحضر بأفراس كثيرة فهل يقسم لها كلها فقال لم أسمع بذلك ولا أرى أن يقسم الا لفرس واحد الذي يقاتل عليه ﴾ قال مالك

شريكه فان له ما أصاب في ذلك العمل وعليه نصف كراء الدابة في مثل ذلك العمل ص ﴿ قال مالك

لأرى البراذين والهجن الا من الخيل لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم قال مالك وأنا أرى البراذين والهجن من الخيل اذا أجازها الوالى وقتل سعيد بن المسيب وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة فقال وهل في الخيل من صدقة **ش** وهذا كما قال ان البراذين والهجن من الخيل قال ابن حبيب البراذين هي العظام يريد الجافية الخلقة الغليظة الأعضاء وليست العرب كذلك فانها أضمر وأرق أعضاء وأحلى خلقة وأما الهجن فهي التي أبوها عربي وأمها من البراذين فهي من الهجن وذهب مالك رحمه الله في قوله هذا الى أحد معنيين أحدهما ان اسم الخيل واقع على جميعها وان اقتربت في أنواعها فثنا العرب ومنها الهجن والمعنى أن يردانها من الخيل أى ان حكمها حكمها وان لم يكن اسم الخيل يتناولها ومن ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الأشعرين اذا ألقوا جمعوا أزوادهم وتساووا فيها فهم مني وأنا منهم لم يردانها من الأشعرين في النسب ولا انهم من قريش وانما أراد ان خلقهم في المساواة أقرب الأخلاق الى خلقه الكريم العظيم صلى الله عليه وسلم واستدل مالك بالآية يدل على انه أراد ان اسم الخيل يتناول البراذين والهجن لانه تعالى قال والخيل والبغال والحمير فالظاهر انه استوعب ذكر الحيوان المشار الى ركوبه والجل عليه ليعدد نعمه علينا بذكر الانعام وما يحمل عليه منها ثم ذكر الخيل والبغال والحمير فالظاهر انه استوعب هذا الجنس ولم يذكر الهجن ولا البراذين فدل ذلك على ان اسم الخيل يتناولها

(فصل) وقوله وقال تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل الآية ومعنى ذلك انه اذا ثبت بالآية المتقدمة ان الهجن والبراذين من الخيل ثم قال تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ثبت ان البراذين والهجن مما سمى الله لانها مما قد أمر الله تعالى بان تربط في سبيل الله لينهب بها الى العدو

(فصل) وقول مالك وأنا أرى ان البراذين والهجن من الخيل اذا أجازها الوالى يريد ان حكمها ان سهم لها حكم الخيل قال ابن حبيب اذا أشبهت الخيل في القتال عليها والطلب بها أسهم لها ووجه ذلك ان هذا المقصود من الخيل الكر والفر عليها والطلب بها ولم يشترط ابن حبيب اجازة الوالى لها وانما اشترط مالك لئلا يكون من التعلق والدناءة بحيث لا يتفجع بها ولا يمكن القتال عليها فمثل هذا يجب أن لا يجيزه الوالى وقال الشيخ أبو بكر اذا لم يكن بها عيب لا يقاتل على مثلها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وذلك عندى الى العيب اذا كان العيب أمرا ثانيا لا يرجى برؤهانه وأما ما يرجى برؤهانه بالقرب كالرهيص فانه لا يمنع السهم قال معنون واذا دخل دار الحرب بفرس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر أو ممن صعب لا يركب فهو راجل ولم يكن ينبغي للامام أن يجيزه فهذا يدل على ان على الامام أن يتفقد أمر الخيل فغير منها ما يجب اجازته ويرد منها ما يجب رده مما لا منفعة فيه ولا يمكن القتال عليه (مسألة) واناب الخيل بمنزلة ذكرها يسهم لها رواه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك انه يمكن عليها من القتال والطلب ما يمكن على ذكرها فوجب أن يسهم لها كما يسهم للذكر (مسألة) وأما صغار الخيل لا يركب فيها ولا حمل فلا يسهم لها فان كان فيه القوة على ذلك أسهم له قال ابن حبيب ووجه ذلك ان هذا مما لا يقاتل على مثله ولا يتفجع به في فرار ولا طلب فلا يسهم له كالنكير (فرع) ولو دخل بفرس صغير فبقى في أرض العدو حتى كبر وصار يقاتل عليه فله من يومئذ يسهم بفرس دون ما قبل ذلك رواه ابن معنون عن أبيه بمنزلة من بلغ من الصبيان بأرض

لأرى البراذين والهجن
الا من الخيل لان الله
تبارك وتعالى قال في كتابه
والخيل والبغال والحمير
لتركبوها وزينة وقال عز
وجل وأعدوا لهم ما استطعتم
من قوة ومن رباط الخيل
ترهبون به عدو الله وعدوكم
فأنا أرى البراذين والهجن
من الخيل اذا أجازها
الولى وقتل سعيد بن
المسيب وسئل عن البراذين
هل فيها من صدقة فقال
وهل في الخيل من صدقة

العدو فلا سهم له الا فيما غنوا بعد ذلك (مسئلة) وأما ركب البغل والحمار والبرذون الذي لا يجيزه الوالي فانه لا يسهم له ولا يرضخ له

(فصل) قال وقد قال سعيد بن المسيب وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة فقال وهل في الخيل من صدقة يريد أن سعيد بن المسيب لما سئل عن صدقة البراذين فأجاب بنفي الصدقة عن الخيل اقتضى ذلك أن البراذين عنده من الخيل والا كان يجيبا عن غير ما سئل عنه وهذا لا يجوز فثبت بذلك أن البراذين من جملة الخيل واسم الخيل يتناولها ولذلك فهم من سعيد بن المسيب نفى الزكاة عن البراذين بنفيها عن الخيل والله أعلم

﴿ ماجاء في الغلول ﴾

قال ابن قتيبة سمي غلولا لأن من أخذه كان يعمل في متاعه أي يدخله في أضعافه ومنه سمي الماء الجاري من الشجر غللا وقال يعقوب يقال في المغنم غل يغل وغل يغل اذا خان ص ﴿ مالک عن عبد ربه بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت به ناقته من شجرة فتشبكت برذائه حتى نزعته عن ظهره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائي أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة نعم القسمة بينكم ثم لا تجدوني بخيلا ولا جبانا ولا كذابا فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام في الناس فقال أدوا الخائط والمحيط فان الغلول عار ونار وشار على أهله يوم القيامة قال ثم تناول من الارض وبرة من بعر أو شيئا ثم قال والذي نفسي بيده مالي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخس والخس مردود عليكم ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين يريد حيث أصاب هو اذن فأظفره الله بهم وغنم أموالهم وذرارهم فصدر يريد الجعرانة وهي طريقه الى مكة ولعله أراد أن يعثر منها وحنين يقرب من الجعرانة فسأله الناس قسم تلك الغنائم وضايقوه في طريقه للاحاحم عليه بالمسئلة حتى ألقوه الى سمرة فدنت ناقته منها فعلق برذائه وهو للشوب الذي يليقه على ظهره فنزعه عن ظهره

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائي يريد ثوبه الذي انتزعته السمرة منه أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم يريد الانكار لكثرة سؤالهم اياه لأن ذلك سؤال من يخاف أن يمنع حقه وأما من كان له حق في الغنمة يتيقن أنه سيعطاه ويستوفيه فلا يجب أن يسأل ومن لم يكن له حق في الغنمة فيستغنى عن اللاحاح لما علم من حال النبي صلى الله عليه وسلم وأنه سيعطى من له سهم سهمه ويعطى من لا سهم له من الخس على قدر ما يستحقه وتلك قسمة أخرى في الخس تتناول من له حق في الغنمة ومن لا حق له فيها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة لقسمة بينكم قسمة صلى الله عليه وسلم على سبيل الانكار عليهم لفعلهم وكثرة الاحاحم عليه بالسؤال فيما قد عرف من حاله أنه لا يمنع حتى انهم قد اعتقدوا فيه المنع وهذا مما لا يفعله فقهاء الصحابة ولا فضلاء المهاجرين والانصار وانما يفعله قوم من المؤلفين قلوبهم أو ممن قرب اسلامه ولم يتمكن الفقه بعد في نفسه ولا عرف أن على النبي صلى الله عليه وسلم من أحكام الشرع تفرقة أربعة أخص من الغنمة على الغنائم ورد الخس عليهم وعلى غيرهم من المؤمنين فأقسم صلى الله عليه وسلم لو كان ما أفاء الله عليهم في البكرة

﴿ ماجاء في الغلول ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن عبد ربه بن سعيد عن
 عمرو بن شعيب أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم
 حين صدر من حنين وهو
 يريد الجعرانة سأله الناس
 حتى دنت به ناقته من
 شجرة فتشبكت برذائه
 حتى نزعته عن ظهره فقال
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ردوا على ردائي
 أتخافون أن لا أقسم
 بينكم ما أفاء الله عليكم
 والذي نفسي بيده لو أفاء
 الله عليكم مثل سمر
 تهامة نعم القسمة بينكم
 ثم لا تجدوني بخيلا ولا
 جبانا ولا كذابا فلما نزل
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قام في الناس فقال
 أدوا الخائط والمحيط فان
 الغلول عار ونار وشار
 على أهله يوم القيامة قال
 ثم تناول من الارض وبرة
 من بعر أو شيئا ثم قال
 والذي نفسي بيده مالي
 مما أفاء الله عليكم ولا
 مثل هذه الا الخس
 والخس مردود عليكم

مثل سميرتهامة نعم المانع ذلك من أن يقسمه بينهم
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ثم لا تجدونني بخيلا ولا جبانا ولا كذابا يحتمل أن تكون ههنا
 ثم بمعنى الواو فيكون تقديره أني أقسم عليكم ما أفاء الله عليكم ولا تجدونني بخيلا بشئ من ذلك ولا
 تجدونني جبانا ولا كذابا ويحتمل أن تكون ثم على بابها في الترتيب والمهلة فيكون معنى ذلك أني
 أقسم عليكم جميع ما أفاء الله عليكم ثم لا تجدونني بعد هذا بخيلا بما يكون لي منه وصرفه إلى سواكم
 ولا كذابا ولا جبانا وخص هذه الصفات بنفها عن نفسه قال بعض المفسرين لأن وجود
 أضدادها من الجود والصدق والشجاعة من صفات الامام فنفي صلى الله عليه وسلم عن نفسه النقائص
 التي لا يصح أن تكون في الامام ولا يصح أن يكون اماما من كانت فيه وعلى هذا ما قاله عمران
 صفات الامام أكثر من هذه الصفات وهي إحدى عشرة صفة فقد كان يجب على هذا أن ينفي عن
 نفسه أضداد جميعها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي أن يكون انما نفي عن نفسه هذه
 الثلاث الخلال لأنها مختصة بالحالة التي كان عليها لأنهم كلوا أسألوه ما أفاء الله من الغنائم والمال فأقسم
 أنه يقسم جميعها بينهم ولا يجذوه بخيلا ولا كذابا فيما بعده من قسمتها ولا جبانا يحتمل أن يريد
 به عن عدو يظهر في الله عليه وأغنم مثل هذه الغنيمة وأكثر منها ويحتمل أن يريد جبانا عن
 السائلين له وأن قسمته التي عليهم لا يفعله عن جبن وضعف عن منعه وانما يفعله طاعة لله تعالى
 في أمره وتفضلا على أمته

(فصل) وقوله فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام في الناس فقال أدوا الخائط والخيط
 يريد لما نزل من مركبه ذلك ولعل نزوله كان بالجرمارة لقسمة الغنائم وكانت الجرمانة إذا ذاك
 دار حرب وهذا يقتضي أن قسمة الغنيمة انما تكون في دار الحرب وبهذا قال الشافعي وقال
 أبو حنيفة لا يقسم في دار الحرب والدليل على صحته في الحرب ما ذهب إليه مالك (مسألة) وأما
 الخائط والخيط فان الخائط واحد الخيوط والخيط الابرة ومن رواه الخياط فقد يكون الخياط
 الخيوط ويكون الابرة قال الله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط ومعنى ذلك الأمر بإداء القليل
 التافه وإذا وجب رد القليل فبأن يجب رد الكثير الذي له القدر والقيمة أولى وهذه المسئلة
 كقوله تعالى ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤذيه اليك ومنهم من أن تأمنه بدينار لا يؤذيه
 اليك فمن أذى القنطار فهو أقرب إلى أن يؤذى الدينار ومن لم يؤذ الدينار فهو أبعد إلى أن يؤذى
 القنطار فإذا وجب أداء الخيط والابرة من الغنيمة فبأن يجب أداء الثوب والعين أولى وأحرى وفي
 الموازية وسع ابن القاسم فيما لا يمن له مثل الخرقه يرفع بها وأما الخيط بخيط به أو مسله أو ابرة فقال له أن
 ينتفع به وقاله أصبغ وقال لا خلاف فيه قال مالك والذي برد الخيط والسكة ومثله مما منه دائق
 وشبهه أخاف أن يرائي بذلك وليس يضيق على الناس وروى أشهب عن مالك في العتية ما كان ثمنه
 درهم ونحوه له أن يجسه ولا يبيعه فعني قوله صلى الله عليه وسلم أدوا الخائط والخيط انما هو على وجه
 المبالغة لا على معنى انما يقع عليه اسم خيط من وبرأ أقل من ذلك يجب نقله ورده إلى الغنائم وهذا
 كما قال صلى الله عليه وسلم مالي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذا ثم تناول وبرة من الأرض ومعلوم ان
 مثل هذا لا يجب أدائه ولا يمكن الاحتراز منه ومن أخذه من بيع غيره لغير أذى فلا يثم بذلك

(فصل) قوله صلى الله عليه وسلم فان الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة الغلول السرقة
 من المغنم فمن خان منه شيئا فقد غل وأما الشنار فهو بمعنى العيب والعار قال أبو عبيدة الشنار العيب

والعار وأنشد للقطامي

ونحن رعية وهم رعاة * ولولا رعيهم شنع الشنار

فأمر صلى الله عليه وسلم بإداء القليل والكثير من المغنم فمن أخذ منه شيئاً بغير حقه فهو عليه يوم القيامة عار ونار وشنار

(فصل) وقوله ثم تناول من الأرض وبرة من بغير أو شيئاً يريد ما هو غاية في النذارة والقلّة والقبس ثم قال صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده ما لي مما آفأ الله عليكم إلا الخس يريد أن أربعة أخماسه لهم لا تدفع له صلى الله عليه وسلم فيه وإنما له أخذ الخس فهو له بمعنى التصرف والاجتهاد في رده عليهم ولذلك قال والخس مردود عليكم يريد ذلك الخس لأنه ليس في الغنيمة شيء يوصف بالخس ينفرد بحكم غير الخس الذي تقدم ذكره وهذا يدل على أن الخس إنما يصرفه الإمام على قدر ما يرى من اجتهاده في مصالح المسلمين وأنه ليس فيه حق معين لا حد ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن أبي عمرة أن زيدا بن خالد الجهني قال توفي رجل يوم حنين وأنهم ذكروه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه الناس لذلك فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن صاحبكم قد غل في سبيل الله قال ففتحنا متاعه فوجدنا خرزات من خرز يهود مايساوين درهمين * ش وقوله توفي رجل يوم حنين كذا وقع في كثير من النسخ وهو غلط والصواب يوم خيبر وكذلك رواه الآثبات ويدل على ذلك أنه قال فوجدنا خرزات من خرز يهود ولم يكن يوم حنين يهود يؤخذ خرزهم والقصة مشهورة وإنما كان ذلك إذ فتحت خيبر

(فصل) وقوله فذكروا وقت النبي صلى الله عليه وسلم لكي يصلي عليه رجا بركة صلاته ودعائه صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم صلوا على صاحبكم امتناعا مما قصدوه فذكر ذلك له من الصلاة عليه وقد علم من حاله صلى الله عليه وسلم أنه لا يمتنع من الصلاة الاعلى من لا ترضى حاله وأنه قد علم أنه أحدث حديثا يمنع من الصلاة عليه إما بخبره بذلك عند من يشهد بذلك عليه أو بوحى يوحى إليه وهذه سنة في امتناع الأئمة وأهل الفضل من الصلاة على أهل الكبر على وجه الردع والزجر عن مثل فعلهم وأمر غيرهم بالصلاة عليه دليل على أن لهم حكم الإيمان لا يخرجون عنه بما أحدثوه من معصية وقد روى ابن سعد عن أبيه عن معن عن مالك أنه قال لا بأس أن يصلى على من غل وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يريد به أن يصلى عليه غير الإمام والثاني أن الإمام مخير أن شاء صلى وإن شاء ترك وإن ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم من الامتناع من الصلاة على من غل لم يكن على وجه المنع من الصلاة عليه وإنما كان ذلك لأنه رأى ذلك في ذلك الوقت أفضل وإن لم ير الصلاة في وقت تكون الصلاة أفضل أن يصلى وقد قال صلى الله عليه وسلم في الصلاة على المنافقين أني خيرت فاخترت

(فصل) وقوله فتغيرت وجوه الناس يحتمل أن يريد به وجوه المؤمنين لا امتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة على من هو من جلتهم ولا يعلمون له ذنبا انفرد به فخافوا أن يكون مانع من الصلاة عليه أمر ايشملهم فيهلكوا بذلك ويحتمل أن يريد به قبيلة وطائفة تغيرت وجوههم لما يخصهم من أمره ولما خافوا أن يكون ذلك المعنى شائع فيهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أن صاحبكم قد غل على وجه التبيين للمعنى الذي منعه من الصلاة عليه وفي ذلك زجر عن الغلول وإذهاب لما في نفس من لم يغل وأمان له من امتناعه صلى الله عليه وسلم من أن يصلى عليه ولما سمع المسلمون ذلك فتحوا متاعه لينظروا هل يجدوا مما غل فيه فيردوه إلى الغنائم

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن أبي عمرة أن زيدا بن خالد الجهني قال توفي رجل يوم حنين وأنهم ذكروه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه الناس لذلك فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن صاحبكم قد غل في سبيل الله قال ففتحنا متاعه فوجدنا خرزات من خرز يهود مايساوين درهمين

ولعله قد فعل ذلك أولياؤه فوجدوا خرزات من خرز يهود يحتمل انهم عرفوا انها من الغنائم
 لانهم انفصلوا عن غنائم اليهود بخير ولم يكن عندهم مثل هذا من المتاع لاسيما في ذلك الموضع الذي
 لا يحمل فيه الخرز لزيته ولا لبيع فعلموا بذلك انها غل من الغنائم ويحتمل أن يكون عرف ذلك من
 رآها من دور اليهود فظن انه قد أداها فلما وجدها في متاعه بعد موته عرفها ووصفها بذلك على معنى
 الاعلام بخنسها وقلة الانتفاع بها كما أخبر بقيمتها يعلم بتفاهة قيمتها وان أخذ هذا المقدار على تفاهته
 على هذا الوجه من جملة الكبائر التي تمنع من صلاة النبي صلى الله عليه وسلم وصلاة الأئمة وأهل
 الفضل على من فعل ذلك ورضيه واستأثر به على جماعة المسلمين والله أعلم ص * مالك عن يحيى
 ابن سعيد عن عبد الله بن المغيرة بن أبي بردة الكنانى انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى
 الناس في قبائلهم يدعولهم وانه ترك قبيلة من القبائل قال وان القبيلة وجدوا في برذعة رجل منهم
 عقد جزع غلولا فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر عليهم كما يكبر على الميت * ش قوله
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى الناس في قبائلهم يدعولهم يريد أن القبائل تحيز في نزولها
 تنزل كل قبيلة في جهة فأتى النبي صلى الله عليه وسلم الناس في قبائلهم يريد في مواضعهم التي تحيزوا
 فيها بالقبائل يدعولهم يريد أن اتيانه القبيلة انما كان للدعاء لها استئلافا للمسلمين واحسانا اليهم
 واردة أن تعمهم بركة دعائه صلى الله عليه وسلم على وجه التخصيص به لكل قبيلة وتركه صلى الله
 عليه وسلم قبيلة من تلك القبائل لم يأتهم ولادعاهم تنبها على فعل وجد منهم منع من ذلك ويحتمل
 أن يكون صلى الله عليه وسلم فعل ذلك الفعل بعينه بالوحى ويحتمل أن يعلم ان ثم معنى يجب أن يمتنع
 من أجله وان لم يعين له ذلك الفعل

(فصل) وقوله وان القبيلة وجدوا في برذعة رجل منهم عقد جزع غلولا والجزع حجارة يتخذ منها
 أمثال الخرز فتنظم فيه القلائد والعقود وكان ذلك الرجل قد غل ذلك العقد وصيره في برذعته وهى
 الفرائش المبطن فلما علم القوم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يدع الا تيان اليهم والدعاء لهم وقد فعل
 ذلك لسائر القبائل الا حدث فيهم كشفوا عن ذلك الحدث وفتشوا متاعهم حتى وجدوا عندهم الغلول
 (فصل) وقوله فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر عليهم كما يكبر على الميت يحتمل أن يكون
 صلى الله عليه وسلم فعل ذلك على وجه الزجر عن مثل ما وجد عندهم من الغلول ولعله صلى الله عليه
 وسلم قد أشار بتكبيره عليهم أربعا كما يكبر على الميت الى أن حكمهم حكم الموتى الذين لا يسمعون
 الوعظ ولا يمتثلون الأوامر ولا يجتنبون النواهي وقد قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى ولا تسمع
 الصم الدعاء اذا ولوا مدبرين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم قد أشار بذلك الى أنهم بمنزلة
 الموتى الذين انقطع عملهم وذلك أن كان يعلم ان من فعل ذلك منهم لا يقضى له بتوبة فكان ذلك بمنزلة
 الاعلام بسوء مصيره كما قال صلى الله عليه وسلم للرجل المسمى قزمان وقد بلى في قتال المشركين بلاء
 عظيما فقال انه من أهل النار فكانت خاتمة ان قتل نفسه فيكون في هذا الحديث على من غل خاصة
 وتمادى على كتمان ما غله وستره ولم يأت به اذا امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من اتيان قبيلته والدعاء
 لها ولا صرفه عن سوء معتقده في الاصرار على الغلول حتى فتش متاعه وجد الغلول عنده ولعل
 معتقده في الايمان كان على مثل هذا فكان تكبير النبي صلى الله عليه وسلم كتكبيره على الميت
 اعلاما بأنه في حكم الميت على ذلك الفعل والمعتقد وانه لم يقض له بتوبة نسأل الله تعالى العفو والعافية
 والعصمة برحمته ص * مالك عن ثور بن زيد الديلى عن أبي الغيث سالم مولى ابن مطيع عن

* وحدثني عن مالك عن
 يحيى بن سعيد عن عبد
 الله بن المغيرة بن أبي بردة
 الكنانى انه بلغه أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم أتى
 الناس في قبائلهم يدعولهم
 وانه ترك قبيلة من القبائل
 قال وان القبيلة وجدوا
 في برذعة رجل منهم عقد
 جزع غلولا فأتاهم رسول
 الله صلى الله عليه وسلم
 فكبر عليهم كما يكبر على
 الميت * وحدثني عن
 مالك عن ثور بن زيد
 الديلى عن أبي الغيث سالم
 مولى ابن مطيع عن

أبي هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً إلا الأموال الثياب والمتاع قال فأهدى رفاعه بن زيد رسول الله صلى الله عليه وسلم غلاماً أسود يقال له مدغم فتوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وادي القرى حتى إذا كنا بوادي القرى بينهما مدغم يحيط رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ جاءه سهم عائر فأصابه فقتله فقال الناس هنيئاً له الجنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلا والذي نفسي بيده إن الشملة التي أخذ يوم حنين من المغنم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليها ناراً قال فلما سمع الناس ذلك جاء رجل بشراك أو شراكين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراك أو شراكين كان من نار ~~ش~~ قوله عام حنين كذا قال عن مالك بن يحيى وابن القاسم والقعنبى وقال جماعة من الرواة عن مالك عام خيبر وقوله فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً إلا الأموال الثياب والمتاع الذي يظهر أن المراد من الأموال الثياب والمتاع دون الورق والذهب ويقال إنها لغتة دوس والأظهر من لغة سائر العرب أن المال كل ما يتول وعلى هذا التأويل يكون قوله إلا الأموال المتاع والثياب استثناء من غير جنس لأنه استثنى الأموال التي هي المتاع والثياب بمال وهي الذهب والورق ويحتمل وجهاً آخر وهو أن يكون اسم المال واقعاً على الورق والذهب والثياب والمتاع فيكون قوله فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً بمعنى أنه لم نغنم من المال ما هذه صفة ثم استثنى من ذلك فقال إلا الأموال التي هي الثياب والمتاع فيكون استثناء من الجنس

(فصل) وقوله فأهدى رفاعه بن زيد الجندى لرسول الله صلى الله عليه وسلم غلاماً أسود يقال له مدغم ومعنى ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية من كل فرد منهم قال سمعون في كتاب ابنه ولذلك قبل هدية المقوقس أمير مصر والاسكندرية وهدية أكيدر دومة ولم يقبل هدية غياض المجاشعي وقد قال بعض من تكلم على هذا الحديث إن هذا خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره من الأمراء وتعلق في ذلك بحديث أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل على الصدقة رجلاً يقال له ابن اللثبية فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفلا جلس في بيت أبيه فينظر هل يهدي له وهذا التأويل غير صحيح وذلك أن قبوله هدية مشرك ليس في طاعته ولا يجرى عليه حكمه لا يخلو من إحدى حالتين إما أن يكون الكافر المهدي في حال منعة وقوة فأهدى إلى الخليفة أو الأمير فقد قال سمعون أنه لا بأس أن يقبلها وهي له خاصة وليس عليه أن يكافئه وقال الأوزاعي يكافئه من بيت المال وهي للمسلمين وقال سمعون وإن كان الروم في ضعف والمسلمون مشرفون عليهم فقصداً بذلك توهين عزهم فنهز رشوة لا يحل قبولها وقاله ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال وهو بخلاف أن يهدي العليج لرجل من المسلمين هدية تكون له خاصة زاد ابن المواز عن ابن القاسم وقال إلا أن يتبين له أنه يهدي للأمير لغير سبب الجيش لمودة قرابة ومكافأة أو غير ذلك مما يدل على أنه لخاصته فذلك له وأما رده صلى الله عليه وسلم لهدية غياض المجاشعي وقوله أنا لا نقبل هدايا المشركين فيحتمل أن صح الحديث أن يكون على الوجه الممنوع وأنه أراد بذلك إبطال حق من حقوق المسلمين وأما إنكاره صلى الله عليه وسلم على ابن اللثبية قوله هذا أهدي لي فإنه كان عاملاً وهذه رشوة لأن عامل الصدقة لا يهدي إليه إلا لترك المهدي حقاً واجباً عليه أو يكف عنه ظلمه وإذا تيسر ذلك لازم له من غير رشوة وإذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب إنه يقبلها الأمير وتكون لأهل الجيش قال ولا حجة لاحد في هدية المقوقس للنبي صلى الله عليه وسلم بريد الاختصاص بهادون

أبي هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً إلا الأموال الثياب والمتاع قال فأهدى رفاعه بن زيد رسول الله صلى الله عليه وسلم غلاماً أسود يقال له مدغم فتوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وادي القرى حتى إذا كنا بوادي القرى بينهما مدغم يحيط رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ جاءه سهم عائر فأصابه فقتله فقال الناس هنيئاً له الجنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلا والذي نفسي بيده إن الشملة التي أخذ يوم خيبر من المغنم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه ناراً قال فلما سمع الناس ذلك جاء رجل بشراك أو شراكين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراك أو شراكين كان من نار

قبولها وهذا وجه يحتمل وأما رد هافليس بقول لاحد من أصحابنا على ان قول ابن حبيب بين في التخصيص فانه كان ما يأخذه من ذلك لا يتميز له ولا يورث عنه وانما كان يستعمله في مصالح المسلمين ثم يرجع اليهم بعد ذلك ولو استعمله الامير اليوم على هذا الوجه لجازله ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما ان كان المهدي يجري عليه أحكام حكم المهدي اليه فقد قال سحنون وأشهب لا تقبل هديته مسلما كان أو كافرا ووجه ذلك ان هديته اليه انما تكون لدفع مظالمه يجب عليه دفعها أو ترك حق لا يحل له تركه وقد روى ابن نافع عن مالك في السرية يبعثها الوالي فيرجعون بالقوا كه فيهدون اليه مثل قفة عنب أو تين لا بأس به وتركه أمثل لاننا كرمه قبول مثل هذا في الغزو ووجه اباحة ذلك ان مثل هذا لا يهدي الى الموضع الحاجة اليه وعدم وجوده مع تفاهة قيمته هناك

(فصل) وقوله حتى اذا كنا بوادي القرى بينا مدغم يحط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمعنى الاستخدام بالعبد والاستعانة به في مثل هذا من الاعمال لا سيما لمن يجب أن يفرغ نفسه للنظر في أمور المسلمين ومكان نزولهم وتحفظهم من عدوهم وتحصنهم مما يتقى عليهم منه في بلد الحرب ومكان القتال (فصل) وقوله جاء سهم عائر فأصابه فقتله السهم العائر الذي لا يدري من رمى به يريدانه أصابه في غير قتال وانما رمى به من قصد الجلبة ولم يقصد مقاتلا برميته والله أعلم

(فصل) وقوله فقال الناس هنيئلا الجنة على ما اعتقدوا من انه شهيد اذ قتل في خدمة النبي صلى الله عليه وسلم في سبيل الله فقال صلى الله عليه وسلم كلا والذي نفسي بيده ان السملة التي أخذها يوم حنين أو خير من المغنم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه نار اظاها هذا القول انما تشتعل عليه نار الانه أخذها من المغنم بغير قسمة ولاحق وانما أخذها غلولا ويحتمل أن يكون أخذها غير محتاج اليها للبسه فلذلك اشتعلت عليه نارا أو أخذها محتاجا اليها ثم أمسكها بعد القسمة وبعد الرجوع الى بلاد المسلمين وقد قال ابن القاسم في الموازية وما احتاج اليه في السرية من ثوب يلبسه أو دابة يركبها أو يعمل عليها غلفا فذلك له اذا كان اذ بلغ العسكر واستغنى عنه جعله في المقاسم وروى ابن وهب وعلى بن زياد عن مالك في المدونة لا ينتفع بدابة ولا سلاح ولا ثوب (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فنأخذ شيئا من ذلك محتاجا اليه رده في المقنم اذا استغنى عنه فان فاته ذلك فقد روى أشهب عن مالك يبيع ذلك ويتصدق بثمنه ووجه ذلك انه قد تعذر رده الى مستحقه فلزمه أن يبيعه ويتصدق بثمنه لثم منفعة المسلمين بسد فاقة فقير من فقرائهم أو مرضى لجماعة فقرائهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لتشتعل عليه نار ايدل على ان من المؤمنين من يعاقب بالمعاصي ممن شاء الله أن يعاقبه الا أن الايمان سيعود عليه بعد ذلك بالجنة يدل على ذلك ان من سمع ذلك من المسلمين اتوا بما عندهم من الغلول مخافة أن يصيبهم مثل ذلك ولو فهموا منه ان ذلك يختص بأهل الكفر لما ردوا مؤمن ما عنده لانه لا يخاف ذلك مع وجود ايمانه ولما خاف المؤمنون وقال النبي صلى الله عليه وسلم لما ردوه من الشرك شركا أو شركا كان من نار علم ان الايمان لا يمنع من ذلك وانما يمنع من ذلك تفضل الله تعالى بالعفو عن العاصي وانما الذي يمنع منه الايمان بفضل الله الخلود في النار

(فصل) وقوله فجاء رجل بشراك أو شرا كين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شركا أو شرا كان من نار يقتضى ان من غل مثل هذا فانه يعاقب بمثله من النار وقد يحتمل أن يكون الشرك والشرا كان لهما القيمة ويكون ثمنه الدراهم فمثل هذا لا يحل أخذه

على رواية ابن وهب وابن نافع لانه ليس بطعام ويجوز أخذه على رواية ابن القاسم للحاجة اليه وعدم وجوده للشراء لانه يلزم رده عند الاستغناء عنه (مسئلة) فن أخذ مثل هذا على مذهب ابن وهب على أى وجه كان أو على مذهب ابن القاسم غير محتاج ثم تاب فجاء تأثبا به فانه يؤخذ منه ولا نكال عليه قال ابن حبيب وقاله ابن القاسم وذلك ان من تاب قبلت توبته وسقطت عنه العقوبة التي تمنع التعزير وانما تثبت الحدود والله أعلم (مسئلة) فان تفرق الجيش تصدق عنهم قاله مالك وقال الليث ان تفرق الجيش جعل خمسة في بيت المال وتصدق بمابقي

(مسئلة) وان ظهر عليه قبل أن ينفصل منه فانه يؤدب ويتصدق بمثله قاله مالك في كتاب ابن المواز وأنكر مالك أن يحرق رحله وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال الاوزاعي يحرق متاعه كله الا سلاحه وثيابه وبه قال أحمد واسحق والحديث الذي روى صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من غل فاحرقوا متاعه انفرده صالح بن محمد وهو مدني تركه مالك وليس ممن يحتج بحديثه ص * مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه عن عبد الله بن عباس أنه قال ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب ولا فشا الزنا في قوم قط الا كثفهم الموت ولا نقص قوم المكيال والميزان الا قطع عنهم الرزق ولا حكم قوم بغير الحق الا فشا فيهم الدم ولا ختر قوم بالعهد الا سلب الله عليهم العدو * قوله ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب يحتمل أن يكون هذا عما بلغه من الكتب المتقدمة وصحح ذلك عنها التجربة ويحتمل أن يكون ذلك بتجربة قد جربها الناس قبله فصحيح قولهم ومازعموا من ذلك ويحتمل أن يكون ذلك بتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم والظاهر أنه لو كان بتوقيف لبينه لأنه انما قصد الزجر والردع عن مثل هذا الفعل والزجر انما يكون عن مثل هذا بقول النبي صلى الله عليه وسلم فلو نقله عن النبي صلى الله عليه وسلم لكان ذكره عن النبي صلى الله عليه وسلم أبلغ في الزجر وأتم في الموعظة وأقرب من القبول وما ذكر من هذه العقوبات انها تكون عندما ذكر من المعاصي يحتمل أن يكون ذلك اذا كثرت هذه المعاصي وأعلن بها ولم يكن منكرها قال الله تعالى فلو لا كان من القرون من قبلكم أولو بقية ينهون عن الفساد في الارض الا قليلا ممن أنجينا منهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم

* الشهداء في سبيل الله *

ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيى فأقتل ثم أحيى فأقتل فمات أبو هريرة يقول ثلاثا شهد بالله * ش قوله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل فمات صلى الله عليه وسلم على معنى التحقيق والتأكد لا على معنى استفادة التصديق لأنه قد علم صدقه من غير عيبين فقال لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل بمعنى أن يجاهد في سبيل الله ويقاثل فيه دون أن يكون لحية ولا ظهور مكافأة ولا استجلاب أمر من أمور الدنيا فيقتل في ذلك وكرر ذلك ثلاثا على المعروف من حاله أنه كان اذا ذكر القول كرره ثلاثا وقد تمنى النبي صلى الله عليه وسلم هذه الدرجة وتكرر القتل في سبيل الله وان كان قد عرف أنه لا يجوز ذلك وان أحدا لا يحيا في الدنيا بعد موته لما في ذلك من تعظيم ثواب الشهادة واستسهال القتل وألم الجراح ثلاث مرات لما علم من تعظيم ثواب الشهيد وتمنى الثواب والعمل الصالح جاز وان غنى المكلف منه ما لا يظيقه ولا

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه عن عبد الله بن عباس أنه قال ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب ولا فشا الزنا في قوم قط الا كثفهم الموت ولا نقص قوم المكيال والميزان الا قطع عنهم الرزق ولا حكم قوم بغير الحق الا فشا فيهم الدم ولا ختر قوم بالعهد الا سلب الله عليهم العدو

* الشهداء في سبيل الله *

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لو ددت

اني أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيى فأقتل ثم أحيى فأقتل فمات أبو هريرة يقول ثلاثا شهد بالله

سبيل له اليه لأنه تمنى خيرا وعمل صالح يقرب من الله ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يضحك الله إلى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل فيقاتل فيستشهد * ش قوله صلى الله عليه وسلم يضحك الله إلى رجلين يريد والله أعلم أنه يفعل بهما ويتلقاهما من الثواب والآنعام والاكرام بما يتلقى به الضاحك المسرور لمن يقدم عليه من ذلك ويحتمل أن يريد به يضحك ملائكته وخزنة جنته أو جملة عرشه إلى هذين الرجلين على معنى التبشير لهما والاعلام لهما بما يقدمان عليه من فضل الله تعالى ورحمته ونعمته

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم إلى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة وذلك أن مثل هذا غير معهود لأن قتل أحدهما الآخر على معنى المخالفة في الدين والشريعة يقتضي بمسئور الشرع أن يكون أحدهما وهو المحق من أهل الجنة وأن يكون الثاني وهو المبطل من أهل النار وهذه القصة على خلاف ذلك فانهما يدخلان الجنة ولعلم ما يكونان من الذين قال الله تعالى وزعنا ما في صدورهم من غل اخوانا على سرر متقابلين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل يحتمل أنه كان كافرا فالتوب من كفره بالإيمان فيسقط عنه جميع ما فعله في حال كفره من قتل المسلم وغيره وقد قال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقال تعالى انما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم وكان الله عليا حكيما فان كانت التوبة بالإيمان تسقط القتل للمسلم وغيره فاذا قاتل بعد ذلك فاستشهد دخل الجنة مع الذي قتله

ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لا يكلم أحد في سبيل الله والله أعلم بمن يكلم في سبيله الا جاء يوم القيامة وجرحه يشعب دما اللون لون دم والريح ريح مسك * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يكلم أحد لا يجرح والكوم الجراح ثم قال صلى الله عليه وسلم والله أعلم بمن يكلم في سبيله على معنى أن هذا الحكم ليس على الظاهر أن من كان يقاتل في حيز المسلمين أنه ممن يقاتل في سبيله ويكلم في سبيله لأنه قد يكون في حيز المسلمين ويقاتل حية ويقاتل ليرى مكانه ويقاتل للغنم ولا يكون لأحد من هؤلاء هذه

الفضيلة حتى يقاتل في سبيل الله لتكون كلمة الله هي العليا فتكلم على هذا الوجه فيثبت يكون ممن يجي يوم القيامة وجرحه يشعب دما يريد والله أعلم أن لون ذلك الدم لون الدم وريحه ريح المسك وهذا دليل على فضيلته وعلو درجته وماله عند الله من الثواب الجزيل ص * مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم لا تجعل قتلي بيد رجل صلى لك

سجدة واحدة يحاجني بها عندك يوم القيامة * ش في سماع ابن القاسم سئل مالك عن قول عمر هذا فقال يريد بذلك انه ليس لغير أهل الاسلام حجة عند الله * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه علم انه يقتل اما بخبر النبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول ذلك في صحته واما أن يكون الماعلم ذلك بعد أن جرح وعلم انه يموت من جرحه ذلك فكرر قوله ذلك حنقا على من قتله واشفاقا من أن يكون من الموحدين الذين سجدوا لله سجدة فيكون لهم بها حجة تمنع من خلودهم في النار ويحتمل أن يقولها شفاقا على المؤمنين أن يصيبه مؤمن فيعذب بقتله لعمر رضى الله عنه ويحاج عمر في الموقف بأنه مؤمن سجد لله تعالى فتكون حجته بالإيمان تمنع عمر من الحرص على تعذيبه بالنار وان كان قد تولى قتله وأذاه بألم

* وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يضحك الله إلى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل فيقاتل فيستشهد * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لا يكلم أحد في سبيل الله والله أعلم بمن يكلم في سبيله الا جاء يوم القيامة وجرحه يشعب دما اللون لون دم والريح ريح مسك * وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم لا تجعل قتلي بيد رجل صلى لك سجدة واحدة يحاجني بها عندك يوم القيامة

الجراح التي أدته الى الموت ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان قتل في سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر يكفر الله عني خطاياي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فلما أدبر الرجل ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف قلت فأعاد عليه قوله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل * شن قوله للنبي صلى الله عليه وسلم ان قتل صابرا محتسبا يريد صابرا على ألم الجرح وكرهية الموت ومحتسبا لذلك عند الله تعالى ومقبلا على الموت وقتال العدو غير مدبر يريد غير فار ولا متحرف وذلك أعظم للأجر يكون ذلك كله مما يكفر الله به عني ما اكتسبت من الخطايا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم يريد ان القتال على هذا الوجه يكفر خطاياها

(فصل) وقوله فلما أدبر الرجل يريد ولي عنه راجعا ومستوعبا لجوابه عما سأل عنه ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له على وجه الشك من الراوي فسأله عما قال أن يعيده عليه مبالغة في تفهم سؤال السائل وتحقيق السؤال وذلك انه لما استوعب كلامه أولا ثم جاوبه عنه يحتمل أن يكون ذكر بعد ذلك من سؤاله لفظ لم يجاب عنه فأراد أن يتحقق ذلك إذا مره باعادة السؤال ويحتمل أن يكون ذكر ذلك اللفظ كله غير انه بان له بعد ان جاوبه أن سؤاله يحتمل وجهان غير ما حمله عليه من المعنى وان كان المعنى الذي حمله سائغ فيه والأظهر منه فأمره باعادة السؤال ليتحقق احتمالهما اعتقدا احتماله وذلك بان يزيد في سؤاله اذا أعاده شيئا يؤكده عنده ما ظهر اليه من احتمال أو ينفيه عنه وقوله فلما أعاد عليه سؤاله يحتمل أن يريد أنه أعاده عليه مثله مطابقا لمعناه ويحتمل أن يكون أعاد عليه السؤال وان كان قد زاد أو نقص غير ان الأول أظهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا الدين كذا قال لي جبريل يريد الا الدين فانه من الخطايا التي لا يكفرها القتل في سبيل الله وقد قال بعض العلماء انما ذلك لانها من حقوق الآدميين وحقوق الآدميين لا تكفرها الحسنات وهذا وجه محتمل وقد كان في أول الاسلام يمنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة على من مات وعليه دين لم يترك له قضاء وظاهر ذلك انه لا يتسرع الناس في أكل أموال الناس بغير حاجة ولا رفق في انفاق ثم يموت من مات منهم على ذلك ولا يترك له قضاء فيذهب بأموال الناس بغير حاجة ولا رفق في انفاق ثم لما فتح الله عليه صلى الله عليه وسلم قال أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك مالا فلو رثته ومن ترك كالا فديننا أوضيا عاف على وإلى أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال لهذا السائل الا الدين اذ كان يمنع من الصلاة على من ترك دينه لأداء له فيكون على عمومه ويحتمل أن يكون قاله بعد ذلك ويكون معنى قوله الا الدين لمن أخذه يريد ائلاف أموال الناس ويأخذ من غير وجهه وينفقه في سرف أو معصية فهذا حكمه باق في المنع ومثبت ان أحدا من الأئمة قضى دين من مات وعليه دين من بيت مال المسلمين بعد النبي صلى الله عليه وسلم فيحتمل أن يكون هذا الحكم اختص بالنبي صلى الله عليه وسلم بين ذلك وقوله صلى الله عليه وسلم أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم وهذا لا يكون لأحد بعده

(فصل) اذا ثبت ذلك فان قوله صلى الله عليه وسلم للسائل الا الدين فاستثنى الدين بعد ان قال نعم ولم يستثن شيئا يحتمل وجوها أن يكون سؤاله أولا اقتضى الجواب على العموم دون الاستثناء وسؤاله آخر اقتضى الاستثناء ويحتمل أن يكون السؤال واحدا غير انه جاوب أولا بلفظ عام أو أمر أن

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان قتل في سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر يكفر الله عني خطاياي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فلما أدبر الرجل ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف قلت فأعاد عليه قوله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل

يجاب به ليكون للجهاد حله على عمومه أو تخصيصه بالدليل ثم أعلمه جبريل صلى الله عليه وسلم
 أنه يجب أن يعجل تخصيصه بالنص عليه لثلاث فوات الحكم فيه بان يكون السائل انما سأل ليستبيح
 الأخذ بالدين ولا ينظر في القضاء فان قتل في سبيل الله كان ذلك يكفر عنه ما اكتسبه من أخذه
 دينا لم ينو قضاءه فيتعجل عند خروجه يأخذ الدين فأمره جبريل عليه السلام بان يعلمه بان الدين
 ليس مما يكفره القتل في سبيل الله ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتقد حل ذلك
 على العموم اما الاجتهاد أو اللفظ عام ورد عليه في ذلك فأوحى اليه على لسان جبريل عليه السلام
 بتخصيص الدين والله أعلم ص * مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله انه بلغه أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قال لشهداء أحد هؤلاء أشهد عليهم فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ألسنا
 يا رسول الله اخوانهم أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا كما جاهدوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدى فسكى أبو بكر ثم بكى ثم قال أئنا لكاثنون بعدك * ش قوله
 صلى الله عليه وسلم لشهداء أحد هؤلاء أشهد عليهم يحتمل أمرين أحدهما أن يشهد على ظاهر أمورهم
 من الايمان وإقام العبادات والجهاد في سبيل الله تعالى واستدامة ذلك الى ان قتلوا في مجاهدة عدوهم
 وإن غيرهم ممن بقي بعده لا يشهد على استدامتهم لذلك الى موتهم لانه لا يعلم بما يحدثون بعده ويحتمل
 أيضا أن يكون شهد على ظاهرهم بما آراه وعلى باطنهم بما أعلم به وأوحى اليه لانه لو كان فحين قتل منهم
 منافق لم ينتفع بهذه الشهادة ولم ينجمه من النار قتاله بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم كما لم ينتفع بذلك
 قرمان حيث أعلم النبي صلى الله عليه وسلم بباطنه وانه من أهل النار مع غناؤه وانتفاع المسلمين
 بجهاده واجتهاده لان ذلك لا ينفع الا مع الايمان والنية السالمة أن يكون جهاده لتسكون كلمة الله هي
 انعليا فعلى هذا لم يشهد لمن بقي بعده لانه لا يعلم باستدامتهم للظاهر الصالح ولم يطلع عند موتهم على انهم
 تخفوا عملهم بما رضى الله تعالى وقوله لم يبلغنا أنه قال ذلك لمن قتل في غير أحد ولا قاله لمن مات في زمنه
 غير مقتول فلو كان هذا الحكم يثبت لمن استصعب لظاهر العمل الصالح الى ان مات في حياة النبي
 صلى الله عليه وسلم لقال من مات في حياتي فأنا أشهد لهم ولم يخص بذلك أهل أحد فقال هؤلاء أنا شهيد
 عليهم فدل تخصيصهم على انهم قد اختصوا بأمر وظاهره يحتمل انه أوحى اليه بباطنهم ويتقبل الله
 تعالى لعملهم والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر رضي الله عنه ألسنا يا رسول الله باخوانهم أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا كما
 جاهدوا على وجه الشفاق لما رأى من تخصيصهم بحكم كان رجوا أن يكون حظه منه وافرا وان يكون
 حظ جميع من شركه فيه من الصصابة ثابتا فقال ان عملنا كعملهم في الايمان الذي هو الأصل والجهاد
 الذي هو آخر عملهم فهل تكون شهيدنا كما أنت شهيد لهم فقال صلى الله عليه وسلم بلى ولكن
 لا أدري ما تحدثون بعدى قال قوم ان الخطاب وان كان متوجها الى أبي بكر فان المراد به غيره ممن لم
 يعلم صلى الله عليه وسلم بما آل حاله وعمله وما يموت عليه وأما أبو بكر رضي الله عنه فقد أعلم انه من أهل
 الجنة والنبي صلى الله عليه وسلم شهيد له بذلك لظاهر عمله الصالح ولما قد أوحى اليه وأعلم من رضوان
 الله تعالى عنه ولكنه لما سأل أبو بكر واعترض بلفظ عام ولم يخص نفسه بالسؤال عن حاله كان
 الجواب عاما وقد بين تخصيصه بأنه ليس ممن يحدث بعد النبي صلى الله عليه وسلم شيئا مما يحبط عمله بما
 تقدم وتأخر عن هذا الحال من تفضيل النبي صلى الله عليه وسلم له واخباره بماله عند الله من الخير
 وتزويل الثواب وكريم المآب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندى وجه آخر

* وحدثني عن مالك عن
 أبي النضر مولى عمر بن
 عبيد الله انه بلغه ان رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قال
 لشهداء أحد هؤلاء أشهد
 عليهم فقال أبو بكر الصديق
 ألسنا يا رسول الله اخوانهم
 أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا
 كما جاهدوا فقال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم بلى
 ولكن لا أدري ما تحدثون
 بعدى فسكى أبو بكر ثم
 بكى ثم قال أئنا لكاثنون
 بعدك

وهو أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال هؤلاء أنا شهيد عليهم بما شاهدت من عملهم في الجهاد الذي أدى إلى قتلهم في سبيل الله ولذلك لم يقل أنه شهيد لمن حضر ذلك اليوم وقاتل وسلم من القتل كغلي وطلحة وأبي طلحة وغيرهم ممن أبلى ذلك اليوم ومن هو أفضل من كثير ممن قتل ذلك اليوم لكنه خص هذا الحكم بمن شاهد النبي صلى الله عليه وسلم جهاده إلى أن قتل ويكون على هذا معنى قوله لا أبي بكر رضي الله عنه بلى ولكن لا أدري ما يتحدثون بعدي لم يرد به الحدث المضاد للشيعة وإنما أراد به جميع الأعمال الموافقة للشيعة والمخالفة لما فيكون معنى ذلك أن ما عملوا به بعدي لا أشاهده فلا أشهدكم به وإن علمت أن منكم من يموت على ما يرضى الله من الأعمال الصالحة إلا أنها لم تعين لي فيقال لي أنه يجاهد في موطن كذا وإن الواحد منكم يقتل زيداً أو يقتله عمر وكما شاهدت من حال هؤلاء فلذلك لا أكون شهيداً لكم بنفس الأعمال وتفصيلها كما أشهد على تفصيل عمل هؤلاء وإن شهدت لبعضكم بجملة العمل بالوحي وإعلام الله فعلي هذا يكون قوله ولكن لا أدري ما يتحدثون بعدي متوجهاً إلى جميع الصحابة من أبي بكر وغيره

(فصل) وقوله فبكى أبو بكر ثم بكى ثم قال أنا الكائنون بعدي يريد أنه أطال البكاء وكرره وأظهر معنى بكائه بقوله أنا الكائنون بعدي كأنه لا شقاق من البقاء بعد النبي صلى الله عليه وسلم والانفراد دون وفقد بركته ونعمة الله على أمته به وهذا يدل على أنه قد فهم أبو بكر رضي الله عنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري ما يتحدثون بعدي أنه لا يخاف أو يجوز أن يكون من أبي بكر حدث بضاد الشيعة ويخالف به من أجله عن سبيل النبي صلى الله عليه وسلم لأن بكاءه لذلك كان أولى له وكان حكمه على ذلك بأن يقول أنا المحدثون بعدي حديثاً يصعد عن سبيلك ونخالف به طريقتك ولما لم يقل ذلك ولا بكى من أجله وإنما بكى من أجل فراقه النبي صلى الله عليه وسلم وبقائه بعده علمنا أنه فهم منه ما قد منادى كره والله أعلم ص مالم عن يحيى بن سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم جالساً وقبر يحفر بالمدينة فاطلع رجل في القبر فقال بثس مضجع المؤمنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قلت فقال الرجل أنا لم أرد هذا يا رسول الله إنما أردت القتل في سبيل الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مثل القتل في سبيل الله ما على الأرض بقعة من الأرض أحب إلى أن يكون قبري بها من ثلاث مرات يعني المدينة م م ش قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً وقبر يحفر بالمدينة يحتمل أن يكون قصد ذلك لمواصلة من كان القبر يحفر بسببه أو لفضل المقبور فيه ودينه وقرب محله من النبي صلى الله عليه وسلم أو للاعتناظ به ويحتمل أن يكون جلس لغير ذلك فصادف حفر القبر وقول المطلع في القبر بثس مضجع المؤمنين ويحتمل ظاهر اللفظ أن يريد بذلك المكان وقديماً وله على ذلك من يسمعه منه فلو أقره النبي صلى الله عليه وسلم لاعتقد بعض السامعين أنه إن النبي صلى الله عليه وسلم قد أقره على قوله أن المدينة بثس مضجع المؤمنين

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم له بثس ما قلت يحتمل إما أنه قد أراد عيب القبر وتفضيل الشهادة لكن اللفظ لما كان فيه من الاحتمال ما ذكرناه أنكر عليه اللفظ دون المعنى ويحتمل أن يكون على هذا الوجه أنكر عليه اللفظ والمعنى لأنه لا يجوز أيضاً أن يقول في القبر بثس مضجع المؤمنين لأنه روضة من رياض الجنة وسبب إلى الرحمة والدرجة الرفيعة وإنما يجب أن يقول أن الشهادة أفضل من هذا وإذا كان الأمر أن فاضلين وأحدهما أفضل من الآخر وجب أن يقال هذا أفضل من هذا ولا يجوز أن يقال في المفضول بثس هذا الأمر وأما المعنى الثاني فإن يكون النبي صلى

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً وقبر يحفر بالمدينة فاطلع رجل في القبر فقال بثس مضجع المؤمنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بثس ما قلت فقال الرجل أنا لم أرد هذا يا رسول الله إنما أردت القتل في سبيل الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مثل القتل في سبيل الله ما على الأرض بقعة هي أحب إلى أن يكون قبري بها من ثلاث مرات يعني المدينة

لله عليه وسلم اعتقده أنه أراد بذلك ذم الدفن بالمدينة ولذلك لم ينكر على القائل إذا قال لم أر هذا
يارسول الله وإنما أردت القتل في سبيل الله ولو كان فهم منه هذا لكان الأظهر أن يقول له قد فهمت
من ادلك ولكن هو مع ذلك خطأ فانك قد جئت بلفظ مشترك أو عبت المفضل مع فضله

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا مثل للقتل في سبيل الله يقتضى تفضيله وظاهر هذا يقتضى
تفضيله على سائر الأحوال وأنه لا مثل له من أحوال الحياة والموت ويحتمل أن يريد به لا مثل له من
أحوال الميتات وصفات الموت لأنه سبب القول فيجوز أن يحمل عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ما على الأرض بقعة من الأرض أحب إلى من أن يكون قبري بها
منها ظاهراً تفضيل المدينة على ما سواها من الأرض ولذلك أحب أن يكون قبره بها وهذا يقتضى أنه
أحب أن يكون قبره بهادون مكة وقد قيل إن ذلك المعنى الهجرة قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه
وليس عندي بالبين لأنه لو كان كذلك لعلق الحكم بالبقعة ولعلقه بالهجرة والله أعلم وهذا في حال
الاخبار وليس فيه دليل على أنه فضل أن يكون قبره بالمدينة على القتل في سبيل الله على صفة لا يقهر
فيها وإنما قال ذلك ثلاث مرات لما علم من حاله أنه كان إذا قال قولا كرره ثلاثاً لعله أن يريد بذلك
الافهام والبيان والله أعلم

﴿ ما تكون فيه الشهادة ﴾

﴿ ما تكون فيه الشهادة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن زيد بن أسلم أن عمر بن

الخطاب كان يقول اللهم

إني أسألك شهادة في

سنيك ووفاء ببلد رسولك

* وحدثني عن مالك عن

يحيى بن سعيد أن عمر بن

الخطاب قال كرم المؤمن

تقواه ودينه حسبته

ومروءته خلقه والجرأة

والجبن غرأثر يضعها الله

حيث شاء فالجبان يفر

عن أبيه وأمه والجرىء

يقاتل عما لا يؤوب به إلى

رحله والقتل حتف من

الحتوف والشهيد من

احتسب نفسه على الله

جل وعز

عن مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم إني أسألك شهادة في سنيك ووفاء
ببلد رسولك * ش قوله رضي الله عنه اللهم إني أسألك شهادة في سنيك ووفاء ببلد رسولك دعاء
منه رضي الله عنه بأن يجمع لا بين الشهادة والوفاء ببلد النبي صلى الله عليه وسلم ليكون قبره بها
وهذا يقتضى تفضيله للمدينة على سائر بقع مكة وغيرها ولو كانت مكة عنده أفضل لمتنى أن يقتل بها
مسافراً أو حاجاً ولا يكون ذلك نقضاً للهجرة وقد علم من رأى عمر رضي الله عنه تفضيل المدينة وقد
أنجح المسلمون على أن هذا الدعاء مستجاب وأنه رضي الله عنه شهيداً وهذا يقتضى أن من قتل على هذا
الوجه وان لم يقتل في حرب ولا مدافعة فانه شهيد والله أعلم * نص مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر بن
الخطاب قال كرم المؤمن تقواه ودينه حسبته ومروءته خلقه والجرأة والجبن غرأثر يضعها الله حيث
شاء فالجبان يفر عن أبيه وأمه والجرىء يقاتل عما لا يؤوب به إلى رحله والقتل حتف من الحتوف
والشهيد من احتسب نفسه على الله جل وعز * ش قوله رضي الله عنه كرم المؤمن تقواه يحتمل
أن يكون من قوله تعالى إن أكرمكم عند الله أتقاكم يريد أن كرمه في نفسه وفضله تقواه الله تعالى
وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الكريم بن الكريم بن الكريم بن يوسف
ابن يعقوب بن اسحق بن ابراهيم فوضف كل واحد منهم بالكرم لما كانوا عليه من التقوى وقوله
رضي الله عنه ودينه حسبته يريد أن انتسابه إلى الدين هو الشرف والحسب الذي يخصه فأما انتسابه
إلى أب كافر على وجه الفخر به فهو ممنوع وانتسابه إلى أب صالح على أن له بذلك فضلاً لا بأس به غير
أن انتسابه إلى دينه الذي يخصه يتم في الشرف والحسب وقوله رضي الله عنه ومروءته خلقه يريد أن
المروءة التي يحمل عليها الناس ويوصفون بأنهم من ذوى المروآت انما هي معان مختصة بالاخلاق من
الصبر والحلم والجود والمواساة والايثار

(فصل) وقوله رضي الله عنه والجرأة والجبن غرأثر يضعها الله حيث شاء يريد أنها طبائع يطبع

الله تعالى عليها من شاء ويضعها من الناس فممن شاء لا يختص بشريف ولا وضيع ولا مؤمن ولا كافر ولا بر ولا فاجر فقد توجد في كل صنف من هذه الأصناف

(فصل) وقوله رضى الله عنه فالجبان يفر عن أبيه وأمه والجري يقاتل عن لا يؤوب إلى رحله على معنى التفسير لمعنى الجرى والجبان وإن ذلك إنما هو بالطبع الذى طبع عليه لا باكتساب ولا بتعلم ولذلك يفر الجبان عن أبيه وأمه مع محبته لهما وحرصه على حياتهما ويقاتل الجرى على من لا يؤوب إلى رحله مع أنه لا يلزمه أمره ولا يكاد يشفق عليه

(فصل) وقوله رضى الله عنه والقتل حتف من الختوف يريدانه نوع من الموت كالموت من المرض والموت بالغرق والموت بالهدم فهو نوع من أنواع الموت فيجب أن لا يرتاع منه فإن الموت لا يدمنه وهو كله فظيع فهذا نوع منه فلا يجب أن يهاب هيبته تورث الجبن ثم قال والشهيد من احتسب نفسه يريد من رضى بالقتل في طاعة الله جاء ثواب الله تعالى

﴿ العمل في غسل الشهداء ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران عن عمر بن الخطاب غسل وكفن وصلى عليه وكان شهيدا
يرحمه الله * مالك انه بلغه عن أهل العلم انهم كانوا يقولون الشهداء في سبيل الله لا يغسلون ولا يصلى
على جنازتهم وانهم يدفنون في الثياب التي قتلوا فيها * قال مالك وتلك السنة فيمن قتل في المعترك
فلم يدرك حتى مات قال وأما من حمل منهم فعاش ماشاء الله بعد ذلك فانه يغسل ويصلى عليه كما عمل
بعمر بن الخطاب * ش قوله غسل وكفن يريد غسل الميت المشرع وقد تقدم في كتاب الجنائز
من الاستيفاء والمنتقى ان الشهادة فضيلة تسقط فرض غسل الميت واستئنا في كفته وتسقط
فرض الصلاة عليه وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يغسل ولكنه يصلى عليه وقال سعيد بن
المسيب والحسن البصري يغسل ويصلى عليه والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما روى عن
جابر بن عبد الله قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد
ثم يقول أيهم أكثر أخذا للقرآن فاذا أشير له الى أحدهما قدمه في اللحد وقال أنا شهيد على هؤلاء
يوم القيامة وأمر بدفنهم بدمائهم ولم يغسلوا ولم يصل عليهم ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى
يسقط فرض غسله فوجب أن يسقط فرض الصلاة عليه أصل ذلك الخوف (مسئلة) وهذا
لمن خرج مجاهدا في سبيل الله لا يختلف المذهب في ذلك وأما من غزا العدو في قعر داره فدفع
عن نفسه فقتل فقد قال ابن القاسم يغسل ويصلى عليه وقال ابن وهب وأشهب لا يغسل ولا يصلى
عليه وهذا اذا دفع عن نفسه فأما اذا لم يدفع وقتله العدو من غير مدافعة مثل أن يغلبوا عليه في
منزله أو يقتل نائما أو يقتل بعد الأسر فقد قال أشهب يغسل ويصلى عليه وقال سحنون وأصحاب
لا يغسل ولا يصلى عليه وهذه كانت حال عمر رضى الله عنه فانه في حال غفلة لافي قتال ولا في مدافعة وقد
غسل وصلى عليه بحضرة الصحابة ولم ينكر ذلك أحد فثبت انه اجماع (فرع) وهذا اذا مات
المقتول من هؤلاء في موضع القتل فأما من رفع من المعترك ثم مات بعد ذلك فالمشهور من قول ابن
القاسم انه من لم يسبق فيه الا ما يكون منه في غمرة الموت فانه بمنزلة من مات في المعترك ومن أكل بعد
ذلك وشرب فهو كسائر الموتى يغسل ويصلى عليه وقال سحنون إن كل من به جرح لا يقتل قتاله
الا بقسامة فيغسل ويصلى عليه وإن كان به جرح يقتل قتاله من غير قسامة فانه لا يغسل ولا يصلى عليه

﴿ العمل في غسل

الشهداء *

* وحديثي يحكي عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أن عمر بن الخطاب
 غسل وكفن وصلى عليه
 وكان شهيدا يرجه الله
 * وحديثي عن مالك أنه
 بلغه عن أهل العلم أنهم
 كانوا يقولون الشهداء
 في سبيل الله لا يفسلون
 ولا يصلى على جنائزهم
 وأنهم يدفنون في الثياب
 التي قتلوا فيها قال مالك
 وتلك السنة فممن قتل في
 المعترك فلم يدبرك حتى
 مات قال وأما من حمل منهم
 فعاش ما شاء الله بعد ذلك
 فإنه يغسل ويصلى عليه
 كما عمل بعمر بن الخطاب

وعمر رضي الله عنه كان قد أنفذت مقاتله فعلى قول سحنون هو بمنزلة من قتل في المعترك وكان يجب على أصله أن لا يغسل ولا يصلى عليه ويجب على مذهب ابن القاسم أن يغسل ويصلى عليه لعنيين أحدهما أنه لم يقتل مدافعا والثاني أنه عاش بعد ذلك وتكلم وشرب وليست هذه شهادة تسقط فرض الغسل والصلاة فان الشهداء كثير ويصلى عليهم أى على جميعهم ويغسلون إلا من ذكرناه

﴿ ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله ﴾

هكذا قال يحيى بن يحيى في هذه الترجمة وتابعة في ذلك جماعة من أهل الموطأ ويحتمل أن يريد به أنه يكره الشيء الذي جعل في سبيل الله أن يستعمل في غيره ويحتمل أن يريد به أنه يكره أن يؤخذ على وجه التحيل وعلى غير الوجه الذي يبيحه عايمه من جعله مثل ما فعل الرجل الذي قال لعمر اجلني وسحبا وقال ابن بكير في هذه الترجمة باب ما يكره من الرجعة في الشيء يحمل عليه في سبيل الله وتابعه عليه القعني وذكر حديث الفرس الذي حمل عليه عمر رضي الله عنه في سبيل الله ثم أراد أن يتناعه من مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر بن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير يحمل الرجل إلى الشام على بعير يحمل الرجلين إلى العراق على بعير فجاءه رجل من أهل العراق فقال اجلني وسحبا فقال له عمر بن الخطاب أنشدتك الله أسعيم زق قال له نعم ﴿ ش قوله أن عمر بن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير لكثرة من كان يعمل به من يريد السفر فلا يقدر على راحلة يركبها فيعجز عن السفر مع حاجته إليه ما لكونه من أهل الآفاق فيعجز عن الرجوع إلى أفقه ووطنه وأهله ولده وأولاده وغير ذلك من الوجوه التي لا يحصى عددها كثرة مما يضطر الإنسان إلى السفر من أجلها فكان يحمل من كانت هذه حاله من أهل الحاجة ولعله أن يكون كان يحمل من يسعى في أمور المسلمين ممن يتعذر عليه راحلة لسفره ذلك فكان عمر بن الخطاب يتخذ من الأبل ما يحمل عيه من مال الله تعالى ويحمي لها الحمى

(فصل) وقوله يحمل الرجل إلى الشام على بعير ويحمل الرجلين إلى العراق على بعير قال الداودي إنما ذلك ليسر أهل العراق وقال غيره إنما كان ذلك لكثرة العدو بالشام وحاجة الناس إلى الغزو في تلك الجهة للجهاد ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون فعل ذلك لأن طريق العراق كانت أسهل وأعمر وكان طريق الشام من المدينة أوعر وأشق وأخلى من الناس فكان من انقطع به فيها يتعذر عليه موضع مقام أو من يعين على بلاغ

(فصل) وقول العراقي له اجلني وسحبا على وجه التورية والتحيل ليريه أن له رفيقا يسمى سحبا فيدفع إليه البعير فيأخذه العراقي وينفرد بركوبه وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ألعيا يصيب بظنه فلا يكاد يخطئه فسبق إلى ظنه أن سحبا الذي ذكر هو الزق فناشده الله ليخبره بالحق فيعلم عمر صدق ظنه فقال له الرجل نعم وقد روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال قد كان فمين مضى قبلكم من الأمم محدثون فإن كان في أمتي منهم فانه عمر بن الخطاب يريد صلى الله عليه وسلم والله أعلم من يلقى في روعه الشيء ويلهم إليه حتى كأنه يخبر به فلا يخطئ ظنه

﴿ ما يكره من الشيء
يجعل في سبيل الله ﴾
حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد أن عمر
ابن الخطاب كان يحمل
في العام الواحد على
أربعين ألف بعير يحمل
الرجل إلى الشام على بعير
ويحمل الرجلين إلى
العراق على بعير فجاءه
رجل من أهل العراق
فقال اجلني وسحبا فقال
له عمر بن الخطاب أنشدتك
الله أسعيم زق قال له نعم

﴿ الترغيب في الجهاد ﴾

ص ﴿ مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ذهب إلى قباء يدخل على أم حرام بنت ملحان فتطعمه وكانت أم حرام تحت عبادة بن الصامت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً ثم استيقظ وهو يضحك قالت فقلت ما يضحكك يا رسول الله قال ناس من أمي عرضوا عليّ غزاة في سبيل الله يركبون هذا البحر ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة يشك اسحق قالت فقلت له يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فدعاهما ثم وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك قالت فقلت له يا رسول الله ما يضحكك قال ناس من أمي عرضوا عليّ غزاة في سبيل الله ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة كما قال في الأولى قالت فقلت يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فقال أنت من الأولين قال فركبت البحر في زمن معاوية بن أبي سفيان فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فهلكت ﴾ ش قال ابن وهب أم حرام كانت خالة النبي صلى الله عليه وسلم من الرضاعة فلذلك كان يقبل عندها وينام في حجرها وتغلب رأسه

(فصل) وقوله فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطعمته وجلست تغلب رأسه على ما يفعله ذوا المحارم ممن يزوره من ذريته ومن يكرم عليه ويريد المبالغة في مواسلته من اطعمته مما عنده ثم اتبع ذلك بالمأطاة الأذى عنه وادخل الراحة عليه وان أدى ذلك إلى مباشرة شعره وبعض جسده ويحتمل أن يكون ما أطعمته من ما لها يسير من كثير فلذلك استجاز أكله ويحتمل أن يكون ما أطعمته من مال زوجها عبادة بن الصامت وجازله أكله لما علم من حال عبادة بن الصامت أنه يسير بذلك وقد يجوز للانسان يمر بموضع فيه تمر أو طعام لصديق مخلص له يعلم أنه يسير بما يأكل منه بمحضته ومغيبه ان يأكل منه

(فصل) وقوله فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم استيقظ وهو يضحك وظاهر ذلك ان ضحكه انما كان من شيء رآه في نومه أو تذكّره عند يقظته فسألت أم حرام عن ذلك وقالت ما يضحكك يا رسول الله وعلمت أن ضحكه وسروره لا يكون الا من أمر فيه خير لأمته صلى الله عليه وسلم فقال ناس من أمي عرضوا عليّ يريدون منامه غزاة في سبيل الله يركبون نيج هذا البحر يريد الله أعلم ظهره ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك يشك الراوي أيهما قال يحتمل وجهين أحدهما ان يريد ان حالهم في الدنيا حين ركبهم نيج البحر حال الملوك على الأسرة في صلاح أحوالهم وسعة دنياهم وقوتهم على العدو وكثرة عددهم وسلاحهم واسرهم وغير ذلك مما يحتاجون اليه في غزاهم وانهم ليسوا بحال ضيق ولا اقلال وانه مع ذلك يسر ويضحك من حالهم وهذا يدل على انها حال صلاح في الدنيا مضافة إلى صلاح في الدين ولولا ذلك لما سر به صلى الله عليه وسلم والوجه الثاني انه يريد انهم عرضوا عليه غزاة في سبيل الله يركبون نيج هذا البحر وانهم مع ذلك عرضوا عليه أو أعلم بحالهم في الجنة ملوكاً على الأسرة كقوله تعالى في أهل الجنة على الأرائك متكئون والأول أظهر

(فصل) وقولها فقلت يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم يؤكدهم تقدم من انها سألت وتشفعت بالنبي صلى الله عليه وسلم أن يجعلها الله منهم لما فهمت من ان سعيهم مقبول وعملهم مبرور وجهادهم مشكور فان حالهم في الآخرة حال رضوان رضوان فدعاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم اشفاقاً لمن

مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ذهب إلى قباء يدخل على أم حرام بنت ملحان فتطعمه وكانت أم حرام تحت عبادة بن الصامت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً ثم استيقظ وهو يضحك قالت فقلت ما يضحكك يا رسول الله قال ناس من أمي عرضوا عليّ غزاة في سبيل الله يركبون نيج هذا البحر ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة يشك اسحق قالت فقلت له يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فدعاهما ثم وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك قالت فقلت له يا رسول الله ما يضحكك قال ناس من أمي عرضوا عليّ غزاة في سبيل الله ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة كما قال في الأولى قالت فقلت يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فقال أنت من الأولين قال فركبت البحر في زمان معاوية فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فهلكت

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد قال لما كان يوم أحد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع الأنصاري فقال له سعد بن الربيع الأنصاري فقال رجل أنا يا رسول الله فذهب الرجل يطوف بين القتلى فقال له سعد بن الربيع ما شأنك فقال له الرجل بعثني إليك رسول الله صلى الله عليه وسلم لآتيه بخبرك قال فاذهب إليه فاقرئه مني السلام وأخبره أني قد طعنت ثنتي عشرة طعنة وأنني قد أنفذت مقاتلي وأخبر قومك أنه لا عذر لهم عند الله أن قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحد منهم حتى * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رغب في الجهاد وذكرا الجنة ورجل من الأنصار يأكل تمرات في يده فقال اني لحريص على الدنيا ان جلست حتى أفرغ منهن فرمى مافي يده فحمل بسيفه فقاتل حتى قتل عليه وسلم رغب في الجهاد تنبها منه في تجديد ذلك عند حضور القتال وتذكيرا للناس بفضائل الجهاد وترغيبا لهم في اسرازيحهم والصبر على شدة الحرب وما عسى أن يؤدي اليه من جراح أو شهادة فأ كذلك بأن شوقهم الى الجنة بأن وصف ما أعد الله فيها للجاهدين في سبيله لاسيما لمن أكرمه الله بالشهادة

الدنيا معلوم أنه لا يكون وقد نفي صلى الله عليه وسلم اعلاما بدرجة الشهادة وتحريضا لامتنه عليها واعلاما لهم بما فيها ص * مالك عن يحيى بن سعيد قال لما كان يوم أحد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع الأنصاري فقال له سعد بن الربيع ما شأنك فقال له الرجل بعثني إليك رسول الله صلى الله عليه وسلم لآتيه بخبرك قال فاذهب إليه فاقرئه مني السلام وأخبره أني قد طعنت ثنتي عشرة طعنة وأنني قد أنفذت مقاتلي وأخبر قومك أنه لا عذر لهم عند الله أن قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحد منهم حتى * ش قوله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع اهتبال منه صلى الله عليه وسلم بأصحابه وبجته عن من فقد منهم بعد الموت ليعلم ما خبره وما الذي غيبه وان كان أصيب أو سلم فانتدب الرجل ليعزز طاعة النبي صلى الله عليه وسلم والمبادرة الى ما يرغبه وان لم يعينه بالأمر وذهابه بين القتلى لطلب سعد بن الربيع لان الظاهر ان من فقد في ذلك الوقت وفي مثل تلك الحال انه قتل أو ثخن بالجراح فبادر الى طلبه حيث ظن أنه يجده وقول سعد بن الربيع له ما شأنك لعله قد توقع أن يكون أرسل للبحث عن خبره أو خبر غيره فيوصي معه بما أراد أن يوصي به الى قومه فأمره أن يقرئ النبي صلى الله عليه وسلم سلامه لما اعتقد انه لا يلقاه وأن يخبره بما جرى عليه من عدد الطعان وانفاذ المقاتل وفي ذلك اعلام بفوات لقاءه ولعله قصد بذلك استدعاء ترجمه عليه واستغفاره وبرضاه عنه ثم أوصى الى قومه بأن يفدوا النبي صلى الله عليه وسلم بأنفسهم وأن لا يوصل اليه ومنهم حتى وان من حي منهم بعد ذلك فلا عذر له عند الله وهذا يقتضي انه كان يحب على المسلمين وقايتهم صلى الله عليه وسلم بأنفسهم وبذلها دونه ص * مالك عن يحيى بن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رغب في الجهاد وذكرا الجنة ورجل من الأنصار يأكل تمرات في يده فقال اني لحريص على الدنيا ان جلست حتى أفرغ منهن فرمى مافي يده فحمل بسيفه فقاتل حتى قتل عليه وسلم رغب في الجهاد تنبها منه في تجديد ذلك عند حضور القتال وتذكيرا للناس بفضائل الجهاد وترغيبا لهم في اسرازيحهم والصبر على شدة الحرب وما عسى أن يؤدي اليه من جراح أو شهادة فأ كذلك بأن شوقهم الى الجنة بأن وصف ما أعد الله فيها للجاهدين في سبيله لاسيما لمن أكرمه الله بالشهادة

(فصل) وقوله ورجل من الأنصار يأكل تمرات في يده ذكرا أهل السيران ذلك الرجل هو عمير ابن الحمام الأنصاري السامي لما سمع ما ذكر به النبي صلى الله عليه وسلم حمله تصديقه له وثبته لما قاله على أن طرح تمرات في يده كان يأكلها ورأى أن اشتغاله بها كلها عن المبادرة الى الشهادة المؤدية الى ما وصف النبي صلى الله عليه وسلم من الجنة حرص على الدنيا واشتغال بسير متاعها عن عظيم ما أعد الله تعالى لأولياؤه فطرحها وحمل بسيفه وذكرا أهل السيرانه حل وهو يقول

ركضا الى الله بغير زاد * الا التقي وعمل المعاد

* والصبر في الله على الجهاد *

وقد ذكرا أهل السيران هذا كان يوم بدر وقد كان مع النبي صلى الله عليه وسلم جماعة أصحابه وهم ثلاثمائة وبضعة عشر فيحتمل أن يكون حل غير هذا مع جماعة الناس ويحتمل أن يكون انفرادا بحل على جماعة من المشركين وهذا جائز أن يحتمل الرجل وحده على السكينة لاسيما من علم من نفسه شدة وقوة وكان مع أصحابه من العترة ما يعلم انهم محتمون دونه وقصروى عن مالك انه قال يجوز للرجل اذا

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن معاذ بن جبل انه قال الغزو الكريمة وييسر فيه الشريك ويطاع فيه ذوالأمر ويجتنب فيه الفساد فذلك الغزو خير كله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا ييسر فيه الشريك ولا يطيع فيه ذوالأمر ولا يجتنب فيه الفساد فذلك الغزو خير كله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا ييسر فيه الشريك ولا يطيع فيه ذوالأمر ولا يجتنب فيه الفساد فذلك الغزو لا يرجع صاحبه كفافاً

* ما جاء في الخيل والمسابقة بينها والنفقة في الغزو

* وحدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة

علم من نفسه قوة وغناء أن يبرز إلى الجماعة ولا يكون له تهلكة وأما من كان رأس الكتيبة وعلم أنه إن أصيب هلك من معه من المسلمين فالصواب له أن لا يتعرض للقتال إلا أن يضطر إليه لأن في بقاءه بقاء المسلمين ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن معاذ بن جبل انه قال الغزو الكريمة وييسر فيه الشريك ويطاع فيه ذوالأمر ويجتنب فيه الفساد فذلك الغزو خير كله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا ييسر فيه الشريك ولا يطيع فيه ذوالأمر ولا يجتنب فيه الفساد فذلك الغزو لا يرجع صاحبه كفافاً ش قوله رضى الله عنه تنفق فيه الكريمة يريد كرائم الأموال ويحتمل أن يريد به سلال المال دون خبيثه ودون ما فيه شبهة ويحتمل أن يريد به كثيره إذا أراد بالنفقة النفقة على نفسه والصدقة ويحتمل أن يريد بالكريمة أفضل المتاع مثل أن يغزو على أفضل الخيل وأسبقها ويقتنيها لذلك وكذلك يغزو بأفضل السلاح والآلة فيكون انفاقها في سبيل الله ابتغاءها لذلك ويكون استعمالها في ذلك حتى يعطب الفرس وتنفى الآلة والسلاح وقد يحتمل أن يريد بانفاق الغازي ذلك في سبيل الله أن يجبس في سبيل الله أفضل ما يغزو به معه من ذلك

(فصل) وقوله وييسر فيه الشريك ميسرته يريد موافقته في رأيه مما يكون طاعة ومتابعته عليه وقلة مشاكرته فيما يشاركه فيه من نفقة أو عمل وطاعة ذى الأمر امتثال أمر الأمير بأن يمنع مما يمنع منه ويمتنع ما يأمر به من الطاعة لله ويجتنب مع ذلك الفساد فيما لا يعود بموافقة الشريك ولا تقدم للامام فيه أمر ولا نهى (مسئله) وهل له أن يبارز بغير إذن الامام وقوله فذلك الغزو خير كله يريد انه خير لصاحبه في الآخرة وطاعة لله وقربة

(فصل) وقوله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا ييسر فيه الشريك ولا يجتنب فيه الفساد على حسب ما تقدم فذلك الغزو لا يرجع صاحبه كفافاً يريد انه لا يفي سعيه وغزوه بما يكسبه من الماشتم

* ما جاء في الخيل والمسابقة بينها والنفقة في الغزو *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة ش قوله صلى الله عليه وسلم الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة يريد والله أعلم الأجر والغنيمة وقد روى ذلك من طريق عبد الله عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة الأجر والغنيمة وهذا حض على ارتباطها في سبيل الله واتخاذها للجهاد وقوله إلى يوم القيامة دليل على أن ذلك باق إلى يوم القيامة وأن الاسلام لا يذهب جملة ولا يغلب عليه حتى لا يبقى من أهله من يجاهد عن الدين ويدل أيضاً أن أهل الكفر ومن يجاهد على الدين لا يتخلونهم وقت إلى يوم القيامة فهذا ظاهر هذا اللفظ الآن برده تخصيصه ببعض الأزمان فقد روى عن ابن عباس أنه قال في تأويل قوله تعالى حتى تضع الحرب أوزارها ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير إلى يوم القيامة وكان أمدها ثنية الوداع وسابق بين الخيل التي لم تضر من الثانية إلى مسجد بني زريق وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها * ش قوله سابق بين الخيل التي أضرمت من الحفيا إلى ثنية الوداع قال محمد بن عبد الحكم في هذا دليل على اجازة الاضرار وذلك لا يكون إلا بمنع بعض العلف واستجلاب العرق وقال موسى بن عقبة بين الحفيا وثنية الوداع ستة أميال أو سبعة ومن الثانية إلى مسجد بني زريق ميل ونحوه وهذا نص في مجاوزة المسابقة بين الخيل لما في ذلك من تدريها على الجري والسبق وتدريب من يسابق بها ولما

يبحث عليه من الاجتهاد في ذلك والمبالغة فيه لما جبلت عليه النفوس من الحرص على الغلبة فإذا
سابق غيره كان اجتهاده لنفسه وفرسه واجتهاده أكثر من اجتهاده واجتهاده إذا انفرد بالجري
وليس تعرف العرب المسابقة الا بين الخيل والابل وكذلك في الاسلام قاله محمد بن عبد الحكم وقد
سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخيل والابل ولا أعلم انه صلى الله عليه وسلم سابق بين غيرها
(فصل) وليس في الحديث ما يدل على أنه كان بين تلك الخيل سبق أخرجه أحد المتسابقين أو غيرهم
وذلك لا يتجاوز من أحد جالين إنما أن يكون سبق فلا خلاف في جوازه (مسئلة) وان أخرجه أحد المتسابقين فان
كالامام وغيره على أنه لمن سبق فلا خلاف في جوازه (مسئلة) وان أخرجه أحد المتسابقين فان
ذلك على وجهين أحدهما أن يخرج ويسبق على أنه ان سبق غيره فهو للسابق وان سبق هو
لم يكن له ويكون للذي يليه فهذا أيضا مما أجازهم مالك وأكثر العلماء (فرع) فان لم يكن معه
الافارس واحد فسبق المخرج لم يرجع اليه الطعام وكان لمن حضر رواه ابن مزين عن مالك
(مسئلة) والوجه الثاني أن يخرج أحد المتسابقين على أنه ان سبق غيره فهو للسابق وان سبق
المخرج فهو له هذا كرهه مالك ورأه ابن المواز عن ابن القاسم لاخبريه وروى أصبغ عن ابن
وهب اجازته ورأه ابن وهب عن مالك

(فصل) وقوله وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها يحتمل أن يريد به التي سابت من الثنية الى
مسجد بني زريق وليس في الرا كين خد من صغر ولا كبر ولا خفة ولا ثقل وليختر كل انسان
لركوب دابته من أحب وأمكنه وكتب عمر بن عبد العزيز لا تعملوا على الخيل الا من احتلم ص
✽ مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول ليس برهان الخيل بأس اذا دخل فيها
محلل فان سبق أخذ السبق وان سبق لم يكن عليه شيء ✽ ش قوله ليس برهان الخيل بأس يريد
المسابقة وقوله اذا كان بينهما محلل سماه محللا لانه بدونه لم تجز المسابقة بينها على شيء يخرج كل
واحد منهما وان أخرج أحدهما سبقا وكان بينهما محلل ان سبق أخذ وان سبق لم يكن عليه شيء فهذا
أجازهم ابن المسيب قال ابن المواز وهو قياس قول مالك الآخر قال محمد بن وهب آخذ والمشهور عن
مالك منه (مسئلة) وليس من شرط هذا الرهان أن يعرف كل واحد من المتراهنين جري فرسه
صاحبه ولا صفة الراكب من ثقل وخفة وانما ذلك على حسب ما يتفق ص ✽ مالك عن يحيى
ابن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى وهو يمسح وجه فرسه بردائه قسئل عن ذلك فقال
اني عوتبت الليلة في الخيل ✽ ش مسحه صلى الله عليه وسلم وجه فرسه بردائه على سبيل الاكرام
له والمبالغة في مراعاته والاحسان اليه وانما سئل عن ذلك لما لم يعهد منه مثل هذا فقال صلى الله عليه
وسلم اني عوتبت الليلة في الخيل وهذا يقتضي انه انما عوتب في المبالغة في مراعاتها والتعاهد لها
والاحسان لما خصها الله به من أن جعلها سببا للخير من الأجر والمغرم عوناً عليه ص ✽ مالك عن
حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرج الى خير أتاها ليلا
وكان اذا أتى قوما بلبيل لم يغز حتى يصبح فلما أصبح خرجت يهود بمساحيهم ومكائهم فلما رأوه قالوا
محمدا والله محمد والخيس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله أكبر خربت خير انا اذا نزلنا بساحة
قوم فساء صباح المنذر ين ✽ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرج الى خير أتاها
ليلا يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم قصد ذلك ليشتري المسامحة في مكانهم فاذا أصبح خرج من
اليهود من جرت عادته بالخروج فيظفر بهم ويحتمل انه أراد أن يأتي ليلا ليعلم بقاءهم على كفرهم

✽ وحدثني عن مالك
عن يحيى بن سعيد انه
سمع سعيد بن المسيب
يقول ليس برهان الخيل
بأس اذا دخل فيها محلل
فان سبق أخذ السبق
وان سبق لم يكن عليه شيء
✽ وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم رأى
وهو يمسح وجه فرسه
بردائه قسئل عن ذلك فقال
اني عوتبت الليلة في الخيل
✽ وحدثني عن مالك عن
حميد الطويل عن أنس
ابن مالك أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم حين
خرج الى خير أتاها ليلا
وكان اذا أتى قوما بلبيل لم
يغز حتى يصبح فلما أصبح
خرجت يهود بمساحيهم
ومكائهم فلما رأوه قالوا
محمدا والله محمد والخيس فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم الله أكبر خربت خير
انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء
صباح المنذر ين

بتركهم الاذان وانتقالهم عنه بالاذان قبل أن ينذروا ويحتمل أن يكون قصد بذلك الرفق بأصحابه ليقوم بذلك حر الشمس ووجه الحر والله أعلم بذلك

(فصل) وقوله وكان إذا أتى قومًا بلبيل يحتمل أن يكون كان يفعل ذلك صلى الله عليه وسلم لأن الليل ليس بوقت اغارة لاسيما يقرب من الحصون والقرى لأن من خشي أن يغار عليه بيت فيها فلا يظفر به فاذا خرج عند الصباح وانتشرت العمال وسائر الناس المتصرفين أغار حينئذ ليظفر بهم أو ببعضهم ويحتمل أن يكون كان يفعل ذلك تثبتًا فان سمع أذانًا عند الصباح أمسك وان لم يسمعه أغار (مسألة) وليس في هذا الحديث ذكر الدعوة إلى الاسلام قبل القتال ويحتمل أن يكون ذلك ولم ينقل إلينا وقد روى أبو حازم عن سهل بن سعد قال يوم خيبر لعلي بن أبي طالب انفذ علي رسلًا حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم إلى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لأن يهدي الله بك رجلاً خير لك من أن يكون لك حمر النعم ويحتمل أن يكون ترك الدعوة لما تقدم من دعائهم وعلم من عنادهم واصرارهم وقد اختلف العلماء في هذا فقال مالك أحب إلى أن يدعى العدو قبل القتال بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم إلا أن يعجلوا سواء قربوا أو بعدوا وقال عنه ابن القاسم لا يستوا حتى يدعوا وقال ابن الماجشون عن مالك لا يدعى من قرب من اليرب مثل طرسوس والمصيصة وروى ابن حبيب عن المدنيين من أصحاب مالك إنما الدعوة اليوم فيمن لم يبلغه الاسلام ولا يعلم ما يقاتل فاما من بلغه الاسلام وعلم ما يدعى اليه وحارب وهورب كازروم والافرنج ممن داني أرض الاسلام وعرفه فالدعوة فيهم ساقطة قال ابن حبيب فيجب أن يغار عليهم ويتنزه فيهم الفرصة وقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم من يقتل كعب بن الأشرف وابن أبي الحقيق فوجه القول الاول وهو رواية ابن القاسم ما روى أن علي بن أبي طالب رضى الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر يا رسول الله نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انفذ علي رسلًا حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم إلى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم من حق الله فوالله لأن يهدي الله بك رجلاً واحداً خير لك من حمر النعم فوجه الدليل منه أنه قال صلى الله عليه وسلم له علي رسلًا ثم ادعهم إلى الاسلام وهذا نص ووجه آخر أنه قال فلان يهدي الله بك رجلاً واحداً * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وظاهر هذا عندي يقتضي أن يدعوهم فيهدون وأما قتالهم حتى يبينوا الاسلام فأنما هو من باب الجبر والاكرام لم يمنع أن الحرب قد تنجلي عن أداء الجزية دون اهتداء وأما الدعوة إلى الاسلام فهي التي تقتضي الاهتداء ووجهه من جهة المعنى أن أمر الاسلام مترقب ومرجوف في وقت ممن قد بلغته الدعوة ومن لم تبلغه وقديس اليوم من أبي الاسلام أعواماً جمة فلزم أن يذكر بالدعوة وتعاد عليه عسى أن يثوب إلى الاسلام ووجه الرواية الثانية أن من قرب من بلاد المسلمين قد بلغت الدعوة وتكررت عليه وعلم مقتضاها ولا يزيد أعادتها عليه معرفة بما لم تتقدم له المعرفة وانما في ذلك التصدُّر له عن النكابة فيه وذلك يوهن حرب المسلمين وانما يحتاج إلى ذلك من بعث داره ولم يعلم حال الاسلام وان كان قد بلغته دعوة الاسلام فلم تبلغه على وجهها ولا عرف مقتضاها فيلزم أن تعاد عليه الدعوة ويتبين إليه ما يدعى اليه والذي رواه ابن حبيب عليه عمل المسلمين في سائر الآفاق ووجه ما تقدم من قوله ووجهه (فرع) ومن كان من أهل الحرب ممن يظن أن الدعوة تبلغه قوتلوا بغير دعوة فقتلوا وغيروا فذلك ماض وليس عليهم رده وقد أساؤا واه ابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك أن حالهم من الكفر يحكم بامضاء قتلهم واسترقاقهم وانما كان يجب تقديم الدعوة رجاء أن

وسلم نعم وأرجو أن تكون منهم ومن دعى من هذه الأبواب كلها لا يمكن أن يقال له إن دخولك من هذا الباب أفضل من دخولك على غيره من أبواب الجنة ولكنه يدعى بأن يقال له إن لك هنا خيرا وعده الله لك لعبادتك المختصة بالدخول على هذا الباب أو لعبادتك التي هي سبب أن تدعى من ذلك الباب والله أعلم وأحكم

﴿ احراز من أسلم من أهل الذمة أرضه ﴾

﴿ احراز من أسلم من أهل الذمة أرضه ﴾

وسئل مالك عن امام قبل الجزية من قوم فكانوا يعطونها رأيت من أسلم منهم أتكون له أرضه أو تكون للمسلمين ويكون لهم مالهم فأهل الصلح فان أسلم منهم فهو أحق بأرضه وماله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة من أسلم منهم فان أرضه وماله للمسلمين لأن أهل العنوة قد غلبوا على بلادهم وصارت فينا للمسلمين وأما أهل الصلح فانهم قد منعوا أموالهم وأنفسهم حتى صالحوا عليها فليس عليهم إلا ما صالحوا عليه ﴿ ش قوله من أسلم من أهل الصلح فإله له قول جماعة الفقهاء وفي ذلك خمسة أبواب ﴾ أحدها في معرفة الصلح والعنوة ﴾ والثاني في حكم أهل الصلح حال حياتهم وكفرهم ﴾ والثالث في حكم انتقال الأملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم ﴾ والرابع في حكم أموالهم بعد موتهم على كفرهم ﴾ والخامس في حكم أموالهم إذا أسلموا ﴿ الباب الأول في معرفة الصلح والعنوة ﴾

ص ﴿ سئل مالك عن امام قبل الجزية من قوم فكانوا يعطونها رأيت من أسلم منهم أتكون له أرضه أو تكون للمسلمين ويكون لهم مالهم فقال مالك ذلك يختلف أما أهل الصلح فان أسلم منهم فهو أحق بأرضه وماله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة من أسلم منهم فان أرضه وماله للمسلمين لأن أهل العنوة قد غلبوا على بلادهم وصارت فينا للمسلمين وأما أهل الصلح فانهم قد منعوا أموالهم وأنفسهم حتى صالحوا عليها فليس عليهم إلا ما صالحوا عليه ﴿ ش قوله من أسلم من أهل الصلح فإله له قول جماعة الفقهاء وفي ذلك خمسة أبواب ﴾ أحدها في معرفة الصلح والعنوة ﴾ والثاني في حكم أهل الصلح حال حياتهم وكفرهم ﴾ والثالث في حكم انتقال الأملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم ﴾ والرابع في حكم أموالهم بعد موتهم على كفرهم ﴾ والخامس في حكم أموالهم إذا أسلموا ﴿ الباب الأول في معرفة الصلح والعنوة ﴾

فأما أهل الصلح فهم قوم من الكفار جوا بلادهم وقابلوا عليها حتى صالحوا على شيء أعطوه من أموالهم أو جزية أو ضريبة التزموها فاصالحوا على بقاءه بأيديهم من أموالهم فهو مال صلح أرضا كان أو غيره وما صالحوا به أو أعطوه على اقرارهم في بلادهم وتأمينهم كان أرضا أو غيره فانه ليس بمال صلح ولو أن أهل حرب قوتلوا حتى صالحوا على أن لا يكون لهم في الأرض حق ويؤمنون على الخروج من البلد أو المقام به على الذمة لما كانت تلك الأرض أرض صلح وانما تكون أرض صلح ما صلحوا على بقاءه بأيديهم سواء تقدم ذلك حرب أو لم يتقدمه حرب (مسئلة) وأما العنوة فهي الغلبة فكل مال صار للمسلمين على وجه الغلبة من أرض أو عين دون اختيار من غلب عليه من الكفار فهو أرض عنوة سواء دخلنا الدار عليهم غلبة أو أجلاوا عنها مخافة المسلمين تقدمت في ذلك حرب أو لم تتقدم أقر أهلها فيها أو نقلوا عنها وقد روى أشهب عن مالك في العتبية أن خيبر قُتِلَ يسير وقد خست إلا ما كان منها عنوة أو صلحا وهو يسير فانه لم يخمس قال أشهب فقلت العنوة والقتال أليسا واحدا فقال إنما أردت الصلح ولغظ القتال يصح أن يراد به العنوة ويصح أن يراد به الصلح فان القتال قد يكون سببا إلى العنوة ويصح أن يكون سببا إلى الصلح ومما أدنا بالصلح والعنوة أن الأرض آل حالها أن استقرت بأيدي أربابها بصلح صالحوا عليها أو زالت عن ملكهم بالعنوة والغلبة قال مالك قسمت خيبر ثمانية عشر سهما على ألف وثمانمائة رجل لكل رجل سهم قال وما كان افتتح من خيبر خمسة وقسم الباقي على ما تقدم وما خسر منها بغير قتال فلم يخمس وأقطع منها أزواجه فاقترض ذلك أن خيبر كانت على ثلاثة أقسام قسم استولى عليه عنوة بالقتال فخمس وقسم الأربعة أخماس وقسم أجلاوا عنه وأسأله من غير قتال فلم يسهم منه لاحد وكان حكم ذلك كله حكم الخمس كما فعل صلى الله عليه وسلم بنبي النصير قال الله تعالى وما آفأاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولا سكن الله يسلط رسوله على من يشاء والله على كل شيء قدير وأما فذلك فصالحوا على النصف ولم

يوجب عليها بخيل ولا ركاب وكانت غنوة بغير قتال * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا
 عندي يقتضي انه كان لهم النصف على وجه الصالح وكان النصف على وجه العنوة ولكنه ظهر عليه
 النبي صلى الله عليه وسلم من غير ايجاب ولا ركاب ولا قتال فكان حكم ذلك النصف حكم الخمس قال
 مالك ثم ان عمر بن الخطاب أجلى أهل خير وأجلى أهل فداك وأعطى أهل فداك بذلك حبالا واقتابا
 وذهب اشترى ذلك من بيت المال للمسلمين فهذا حكم هذه البلاد (مسئلة) وأما مكة فاختلف أهل
 العلم في حكمها فقال مالك افتتحت عنوة وبه قال أبو حنيفة والأوزاعي وقال الشافعي انما دخلها صلحا
 وقال أصحابه معنى ذلك أنه فعل فيها فعل من صالحه فلذلك نفسه وماله وأرضه ودياره فان كان هذا فليس
 بخلاف لقولنا عنوة والدليل على ما قلناه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله حبس
 عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما أحلت لي ساعة من نهار والدليل على ذلك
 ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يوم فتح مكة من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ولو كان هنا صلح
 لما احتاج الى تأمين من فعل فعلا مخصوصا وقد تقدم له جرم وفائدة الخلاف في هذا أنه يجوز للإمام
 أن يمن ويعفو عن جلة الغنائم قبل القسمة (فرع) اذ ثبت ذلك فإنه لم يستدم بمكة حكم العنوة
 من قسم دورهم وأراضيهم واسترقاق من أخذ منهم قال أبو عبيد فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم
 مكة ومن على أهلها وردّها عليهم ولم يقسّمها ولم يجعل شيئا منها فدايا فرأى بعض الناس أن ذلك جائز له
 ولذا ثمة بعده قال أبو عبيد والذي أقول ان ذلك كان جائزا له في مكة وليس ذلك بجائز له في غيرها
 ومكة لا يشبهها شيء من البلاد لأن الله تعالى خص رسوله من الانفال بما لم يخص به غيره فقال قل
 الانفال لله والرسول والذي قاله أبو عبيد لا يبعد في قوله ان ذلك في مكة دون غيرها وذلك أن مكة خصت
 بمنع القتال فيها وانما أحلت له صلى الله عليه وسلم ساعة من نهار ثم عادت حرمتها وحرم القتال فيها الى
 يوم القيامة فلذلك أغاد صلى الله عليه وسلم فداياهم اليهم بعد تلك الساعة لما حرمت مقاتلتهم * قال القاضي
 أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي الوجه الاول وهو أن ذلك جائز له صلى الله عليه وسلم بمكة
 وغيرها وجائز لمن بعده من الأئمة اذ رأى ذلك صلاحا للمسلمين وقدره النبي صلى الله عليه وسلم الى
 هوازن سبهم واستأني بهم شهرا ليرد اليهم أموالهم وسبهم فلعله صلى الله عليه وسلم قدر أي ذلك صلاحا
 واستتلافا لأهل مكة فرد اليهم دورهم وأرضهم وأملا كهم ولعله قد استأذن في ذلك من كان معه من
 المسلمين فأذنوا له وقدر روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لأهل مكة يوم افتتحوا مكة وقد اجتمعوا
 في المسجد فرار من القتل اذهبوا فأنتم الطلقاء ولم يسب من أهلها أحدا فكذلك يجوز أن يكون
 قد أتبعهم أموالهم وديارهم وأرضهم فكل من أسلم منهم بقي ملكه في يده (مسئلة) وأما أرض
 الاندلس فان أكثرها افتتحت عنوة ومنها ما افتتح صلحا كتدمر وغيرها والى هذا ذهب ابن حبيب
 وغيره من علمائنا وسيأتي ذكر حكم أرضها بعد هذا ان شاء الله (فرع) ذكر الداودي أن عمر بن
 الخطاب بعث سهل بن حنيف فجعل على جريب البرثمانية وأربعين درهما وعلى جريب الشعير
 أربعة وعشرين درهما وعلى جريب التمر ستة قال أبو القاسم الزجاجي الجريب ستون ذراعا في
 ستين ذراعا قال غيره بالذراع الهاشمية وهي ذراع وثلاث بذراع اليد والذراع الهاشمية ست قبضات
 والقبضة أربعة أصابع والاشل جبل يذرع به الجريب طوله ستون ذراعا والناصية قبضة يذرع
 بها أيضا وطولها ستة أذرع وهي عشر الاشل وذلك كله بالذراع الهاشمية

﴿ الباب الثاني في حكم أهل الصلح حال حياتهم مع بقائهم على كفرهم ﴾

أهل الصلح لا يخلو أن يكونوا صلحو على شيء يؤدونه في جلتهم أو يصلحو على شيء يؤدونه عن جاجهم وقد روى ابن حبيب أن الجزية الصلحية جزيتان فجزية على البلد مجملة وجزية على الجاج ومعنى ذلك أن يوضع على جلتهم شيء يغرمونه لا يحط منه لقلتهم ولا يزداد عليه لكثرتهم فهم ضامنون له حتى يؤدونه لا يبرأ أحد منهم وإن أدى أكثره حتى يؤدي جميعه ودية الجاجم أن يوضع على كل ججمة دينار أو أكثر منه على ما تقدم تفسيره فهذه الجزية تزيد بزيادة عددهم وغناها وتنقص بنقص عددهم وغناها ويبرأ كل واحد منهم إذا أدى ما عليه منه وإن لم يؤد غيره ما عليه لأن بعضهم لم يضمن ما على غيره وإنما التزم ما يخصه (مسئلة) وقد قال ابن القاسم في المدونة إذا باع الصلحي أرضه من مسلم على أن الخراج على المبتاع لم يجز وأجازه أشهب وهذا يدل على أن الصلح قد ينقصد على أن يكون على الأرض خراج وهي ملك لأربابها من أهل الصلح وهذا يحتمل أن يكون قسماً ثالثاً ويحتمل أن يكون على الجاجم خراج وعلى الأرض خراج وكيفما انعقد الصلح في ذلك جاز والله أعلم (مسئلة) قال ابن حبيب جزية أهل الصلح انما هي فيما صلحو عليه قال ولا يزداد في جزية الصلح على الغنى ولا ينقص منها عن الفقر وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن تكون على الجاجم فيحتمل ذلك وجهين أحدهما أن ما يقرر انما هو دينار إلى أربعة دنانير فلا يزداد الغنى على أربعة دنانير ولا ينقص الفقر عن دينار وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك لا يزداد على أهل الذمة في جزية جاجهم وإن أسروا وعلى ما فرض عمر رضي الله عنه على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهماً قال وتطرح عنهم ضيافة ثلاثة أيام إذا لم يوف لهم والمعنى الثاني أن من استقرت جزيته على شيء لا ينقل عنه والاول أصح والوجه الثاني أن يكون صلحهم على مقدار ما في جلتهم فلا يزدادون عليه لغناهم ولا ينقصون منه لفقرهم

﴿ الباب الثالث في حكم انتقال الاملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم ﴾

أن ذلك يختلف وقد قال ابن حبيب أن الجزية الصلحية جزيتان جزية على البلد وجزية على الجاجم فإن كانت مجملة على البلد فهي موقوفة لاتباع ولا تورث ولا تقسم ولا يملكها إن أسلم وانما له ماله وأما الأرض فموقوفة أبد الماعليها من الخراج وذلك بأسرها باق على من بقي من النصارى وأما أن صلحو على أن الجزية على جاجهم فلم يبيع الأرض وهي لهم ملك يصنعون بها ما شاؤا وروى عيسى عن ابن القاسم أن أهل الصلح إذا صلحو على أن عليهم ألف دينار كل عام أو على أن على جاجهم دينارين على كل رجل منهم وعلى أرضهم على كل بذر كذا شيئاً سهوه وعلى كل زيتونة كذا قال ذلك سواء ولهم بيعها فوقع الاتفاق بينهم على الخراج إذا وضع على الجاجم لا يمنع ذلك بيع الأرض واختلفا إذا وضع على الجملة فنفع ذلك بيع الأرض عند ابن حبيب ولم يمنع منه عند ابن القاسم وجه قول ابن حبيب أن الأرض لما وضعت الجزية أو الخراج على الجملة هي سبب الجزية وهي مال ظاهر فلم يجز لهم تفويتها لما في ذلك من منع استغلال ما عليهم من الجزية ووجه قول ابن القاسم أن الأرض من أموال أهل الصلح وملكهم فكان لهم بيعها والتصرف فيها كالعين والحيوان وسائر أموالهم (فرع) وأما إذا كان الصلح على أن الجزية على مقدار الأرض وما فيها من الغرس فيجب على قول ابن حبيب أن لا يجوز بيعها ولا تفويتها لأن الخراج متعلق بها وهو

حق المسلمين فلا يجوز لهم تفويتها واتلاف أثمانها وقطع ما يجب للمسلمين من حق الجزية فيها وذلك جائز على قول ابن القاسم إذا كانت الجزية على الجاهل أو على الأرض أو عليها وهو في المدونة ووجهه ما تقدم والله أعلم (مسئلة) فإذا قلنا يجوز بيع أرض الصلح فلا يخلو أن يكون ذلك على الإطلاق أو على اشتراط الخراج فان كان على الإطلاق فان ظاهر المدونة في قول ابن القاسم يقتضي أن الخراج على البائع ابتاعها منه مسلم أو ذمي ووجه ذلك ان عقد الصلح قد اقتضى تعلق الخراج بذمته فلا يزيله عن ذلك بيع الأرض ولا هبتها يدل على ذلك انه اذا أسلم سقط الخراج عن الأرض فوجب أن يتعلق الخراج به دون الأرض لان المرامي في ذلك صفته دون صفة الأرض وظاهر قول أشهب في المدونة يقتضي أن الخراج على المبتاع ووجه ذلك ان الخراج انما يجب بسبب الأرض مع بقاء المصالح عليها على الكفر فوجب أن ينتقل الخراج حيث انتقلت الأرض ولان تلك الأرض لو استغدرت وتلفت اتلانا لا يمكن جبره لسقط الخراج بسببها فوجب أن ينتقل الخراج معها (فرع) فان قلنا بقول ابن القاسم ان الخراج على البائع مع اطلاق العقد فان شرط على المبتاع في المدونة من قول ابن القاسم ان البيع حرام لا يحل لانه اشترط عليه ما لا يدري قدره ولا منتهاه ولا مبلغه ومعنى ذلك انه يقيم البائع على كفره فيدوم بقاء الخراج على الأرض وقد يسلم بعد بيعه بيوم فيسقط الخراج عن الأرض وهذا غير راجح لانه يجوز مثله في البيع (فرع) وقد كان العمل بالأندلس على قول ابن القاسم في ابتياع أرض الخراج على ان على المبتاع ما يلزم وأمر المنصور أبو عامر محمد بن أبي عامر بالأخذ بقول أشهب لحاجته الى ذلك لانه قد يهلك البائع من غير مال ويخرج من البلد فيرثه ابتياع الأرض بما عليها قبيل أهل الجهة التمسك بقول ابن القاسم على ان عقدوا على المبتاع بعد تمام انعقاد البيع وربما كان في عقد غير عقد الابتياح انه عرف ما يلزم الأرض من ذلك والتزمه تحيلا لسلامة العقد مما يفسد وينع صحته وهذا لا يجوز إذا كان البائع والمبتاع قد علما أن الأرض أرض صلح وانه قد يلزمها الخراج وانه لا سبيل الى أن تباع وينتق خراجها على بائعه وهذا يقتضي فساد البيع على هذا القول وقد أحق أهل بلدنا بذلك ما لزم أرض الاسلام ومن وظائف الظلم للسلطين فأجروها مجراها على قول ابن القاسم عندهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى غير صحيح لان هذه الوظائف ليست بحق ثابت وانما هي مظالم لا تثبت بوجه حق ولا يجب يدل على ذلك انه من أمكنه دفعها عن نفسه بفرار أو غيره لم يأثم بذلك وخراج أرض الصلح اذا ثبت عليه لم يحل دفعه عن نفسه بفرار ولا امتناع وانما ذلك مثل هذه المظالم الموطنة على الأرض مثل ابتياع الانسان الثياب في البلد التي يجب على المبتاع مكس في كل ما يبتاع منه فان ذلك لا يمنع صحة بيعه ولا صحة ابتياعه وكذلك من اكرى دابة في طريق يعلم انه سيؤخذ منه على كل دابة مكس وربما خفي أمره فسلم فان ذلك لا يمنع صحة الكراء (فرع) اذا قلنا بقول أشهب ان الخراج على المبتاع بمجرد العقد أو بتخريج أهل بلدنا انه يجوز أن يلزمه المبتاع بعد تمام عقد البيع فانه اذا أسلم البائع في المدونة عن أشهب انه يسقط الخراج عن المبتاع بمنزلة ما سقط بخراجها اذا أسلم الصلحى وهى بيده وأما اذا مات الصلحى ولم يترك وارثا صار ماله لبيت مال المسلمين

(الباب الرابع في ذكر أموالهم بعد موتهم على الكفر)

قد تقدم من قول ابن حبيب انه اذا كانت الجزية على جلتهم فان أرضهم لا تورث وتقدم من التخريج على قوله ذلك ان الجزية اذا كانت على الأرض حكمها ذلك وان الجزية اذا كانت على جاجهم

فإن الأرض تورث عنهم وروى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أن أهل الصلح يورثون على حسب مواريتهم (فرع) فإذا قلنا أنهم يورثون فإن أرضه وماله لورثته فإن لم يدع وارثاً فقد قال ابن حبيب إذا كانت الجزية على جاجهم فن مات منهم ولم يدع وارثاً فأرضه وماله للمسلمين كيت لا وارث له وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية أنه من مات من أهل الصلح ولا وارث له من أقاربه فإراثه لأهل خراج ولا يضع عنهم موته شيئاً من خراجه وما صولحو عليه قائم عليهم فوجه ما قاله ابن القاسم أن ذلك في أهل الصلح إذا قوطعوا على شيء يكون على جاعتهم في الجلة ثم هؤلاء من مات منهم ولا وارث له فإله وأرضه لأهل خراجه لأن موته لا يسقط عنهم شيئاً مما التزموه وإنما كانوا التزموه على أموالهم ومال هذا المتوفى وأما إذا كان ما صولحو عليه جزية على جاجهم فإن مات من مال لا وارث له فإله لجماعة المسلمين لأنه أفرد نفسه بالعقد بما كان يخصه من الأداء على ما كان يخصه من المال فإذا مات سقط ما كان يلزمه من الخراج ولم يتبع به أحد من صالح معه فلذلك كان ماله لجماعة المسلمين (فرع) وإذا قلنا من مات من أهل الصلح ولا وارث له فإراثه للمسلمين كيف يعرف من له ورثة ممن لا ورثة له ونحن لانعلم مواريتهم وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك إلى أهل دينهم وأضافهم فإن قالوا يرثه من يذكرون من ذى رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم ذلك إليه وإن قالوا لا ولله فإراثه للمسلمين ووجه ذلك أن طريق هذا الخبر عما ينفردون به من العلم وفي مثل هذا تقبل أقوالهم كأخبارهم عما يعلمونه من الأدواء وترجتهم عن الألسنة التي لا تعرفها ومثل هذا يحكم فيه بقولهم ويرجع فيه إليهم

﴿ الباب الخامس في حكم أموالهم إذا أسلموا ﴾

قال ابن حبيب إذا كانت جزية الصلح على جملتهم فن أسلم منهم لم تملك أرضه وإنما يملك ماله وإن كانت على جاجهم ثم أسلم فأرضه وماله له دون جزية على شيء من ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم أنه سواء كان الصلح على جملتهم أو على جاجهم أو على مبذر أرضهم فإن الإسلام يسقط عنهم ذلك كله والخلاف فيه والتوجيه على نحو ما تقدم (مسألة) وهذا المأبى من المدة وأما ما مضى من المدة وقد بقي عليه الخراج والجزية لم يؤدّه فالذى في المدونة في الجزية أنه يسقط ذلك عنه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يؤخذ منه حال إسلامه

(فصل) وقوله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فن أسلم منهم فإن أرضه وماله للمسلمين ومعنى ذلك أن أهل العنوة وهم الذين تقدم ذكرهم أن أسلم منهم أحل لا يعرزماله ولا أرضه ويصير ذلك للمسلمين وإنما يريد بقوله أرضه الأرض التي بيده فاضافها إليه لعمله فيها ولو كانت أرضاً اشتراها بعد العنوة بحيث يجوز له أن يشتري لكانت من جملة ماله حكمها حكم ماله عنده ولم أرفيه نصاً وأصل ذلك أن أرض العنوة عند مالك لا تقسم وتبقى كنوائب المسلمين على رأى عمر بن الخطاب في أرض مصر وأرض العراق وقال أبو حنيفة والشافعي تقسم الأرض كسائر أموالهم والدليل على صحة ما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتبعه عليه مالك ما احتج به عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قوله تعالى ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى فلله والرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب ثم قال تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلاً من الله ورضواناً وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ثم

ذكر تعالى الانصار فقال والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما اوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون ثم قال والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان فهذا يدل على ان لمن جاء بعد الذين افتتحوا تلك المواضع حقاقيا ولا يكون ذلك الا بتبعية الارض واما غير ذلك من الأموال فلا تبقى لمن يأتي بعدهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أهل العنوة أحرار قاله مالك وأصحابه وروى عيسى عن ابن القاسم نساؤهم كالأحرار لا ينظر الى شعورهن ودية المرأة منهن دية الحرية ووجه ذلك انهم لما لم يسترقوا وعقد لهم عقدا لدية فقد حكم بحريتهم لان الامام فمين غلب عليه من أهل الكفر أن يقتل أو يمن أو يفادي به أو يسترقه أو يعقده لدية على انه حر وهو لا قد عقد لهم عقد دية على الجزية فهم أحرار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن مزي عن عيسى بن دينار أن الفرض الذي يفرض عليهم على جاجهم وترك الارض بأيديهم عونهم وقال ابن حبيب ان عمر رضى الله عنه فرض الجزية على أهل مصر على كل عالج منهم أربعة دنانير من غير حراج أرضهم وجعل على الارض خراجا على حدة وقال غير ابن حبيب انه أقرهم في الارض وجعل عليهم خراجا واداء على الارض والجاجم وجعل عليهم مع ذلك الضيافة وقال مالك تطرح عنهم الضيافة اذا لم يوف لهم قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي أن يكون عليهم جزية جاجهم فن عمل أرضا كان عليه خراجها لان سبب جزية جاجهم سكنى بلد المسلمين وحقق دماهم فيها وسبب خراج الارض الانتفاع لا ترى أن من لم يعمر منهم أرضا فلا بد من أداء جزية ججمته ومن عمر شيئا من أرض الخراج أدى عليها وان كانت امرأة لا تجب على ججمتها جزية (مسئلة) ولا يجوز للعنوي بيع شيء من الارض لانها ملك للمسلمين لم يؤذن له في بيعها ويجوز لهم بيع غير ذلك من الرقيق وسائر الأموال رواه سحنون عن ابن القاسم وقال وكانهم على ذلك تركوا كالأذن له في التجارة قال ويمنعون أن يهبوا ويتصدقوا ويجبى قول ابن حبيب ان لهم ذلك فيما بقي بأيديهم من مال الفتح وفيما اكتسبوه بعدهم ذلك ويجبى على قول ابن المواز ان ذلك لهم بما اكتسبوه دون ما أقر بأيديهم (مسئلة) ومن مات من أهل العنوة فان كان له وارث ورثه رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم قال يسئل عن ذلك أسأفتهم وأهل دينهم فن قالوا انه يرثه من ذى رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم اليه ذلك وفي كتاب ابن حبيب ان ماله وما كسب لورثته الا الارض فهي للمسلمين ووجه ذلك ان الارض لما افتتحت عنوة فهي للمسلمين وانما يعمرها بالخراج وأما ما كان كسبه من مال فهو لورثته وما كان بيده يوم الفتح فيخرج على وجهين نحن نذكرهما به هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وان لم يدع وارثا فقد قال ابن حبيب كل ما تركه للمسلمين في بيت المال ونحوه روى يحيى بن بن يحيى عن ابن القاسم وقال أشهب ما كان بيده من دار أو أرض فهي موقوفة أبدا للمسلمين وما كان له من مال فللمسلمين وما علم انه كان بيده يوم الفتح من مال فهو كالنبي وهذا يقتضى ان ما كان بيده يوم الفتح فانه لم يملكه وانما هو مال لأهل الفتح أقر بأيديهم عونهم على عمارة الأرض فاذا مات أو أسلم رجع اليهم وأما على قول ابن القاسم وابن حبيب فانه يقتضى ان ما تركه بيده تركه له على سبيل التملك والترك له كما تركته رقبته وأهله وولده (مسئلة) ومن أسلم من أهل العنوة قال ابن حبيب فقد أحرز نفسه وماله وكل ما كسب وأما الارض فللمسلمين واحتج على ذلك بان كل من أسلم على شيء في يده فهو له يريد أسلم على انه له وأما الارض فليست كذلك فانها ليست في

يده على وجهه تلك وانما هي في يده على وجهه اجارة وروى عيسى بن مزين عن عيسى بن دينار
من أسلم منهم فهو حر وماله للمسلمين وفي العتبية من رواية سخنون عن ابن القاسم انه يؤخذ منهم
أموالهم من العين والرقيق وغير ذلك قال ابن المواز انما يؤخذ منهم ما كان بأيديهم يوم الفتح وجه
قول ابن حبيب ما احتج به ووجه قول عيسى وابن القاسم ان الارض لا يملكها وماترك بيده لم
يملكه وانما هو كالرقيق في الخائط يستعين به العامل على العمل وهو باق على ملك صاحب الخائط
وما اكتسب فعلى هذا الوجه اكتسبه وهذا يقتضيه معاهدته ومعاقبته ووجه قول ابن المواز ان
ما اكتسب ملك له وماترك بيده فعلى ملك من افتتح الارض وانما تركته على وجه العون والله أعلم

﴿الدفن في قبر واحد من ضرورة وانفاذ﴾

أبي بكر عدة النبي صلى الله عليه وسلم

بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿

﴿الدفن في قبر واحد

من ضرورة وانفاذ أبي

بكر رضي الله عنه عدة

رسول الله صلى الله عليه

وسلم بعد وفاة رسول الله

صلى الله عليه وسلم ﴿

﴿حدثني يحيى عن مالك

عن عبد الرحمن بن عبد

الله بن عبد الرحمن بن أبي

صعصة أنه بلغه ان عمرو

ابن الجوح وعبد الله بن

عمرو الانصاريين ثم

السلميين كانا قد حفر

السييل قبرهما وكان قبرهما

مما يلي السيل وكانا في قبر

واحد وهما ممن استشهد

يوم أحد فحفر عنهما ليغير

من مكانهما فوجد المغيرا

كأنما ماتا بالأمس وكان

أحدهما قد جرح فوضع

يده على جرحه فدفن وهو

كذلك فاميطت يده عن

جرحه ثم أرسلت فرجعت

كما كانت وكان بين أحد

وبين يوم حفر عنهما ست

وأربعون سنة

ص ﴿مالك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصة انه بلغه أن عمرو بن الجوح
وعبد الله بن عمرو والأنصاريين ثم السلميين كانا قد حفر السيل قبرهما وكان قبرهما مما يلي السيل
وكانا في قبر واحد وهما ممن استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغير من مكانهما فوجد المغيرا كأنما ماتا
بالأمس وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن وهو كذلك فاميطت يده عن جرحه
ثم أرسلت فرجعت كما كانت وكان بين أحد وبين يوم حفر عنهما ست وأربعون سنة ﴿ش
قوله انه بلغه أن عمرو بن الجوح وعبد الله بن عمرو والأنصاريين كانا قد حفر السيل قبرهما يدل على
أنهما دفنا في قبر واحد وذلك انه لما اشتد على المسلمين حفر القبور يوم أحد لكثرة القتلى وكان قد
بلغ منهم التعب والنصب وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال لهم احفروا وأعقوا وأوسعوا وادفنوا
الاثنين والثلاثة في قبر واحد وقد مواء أكثرهم قرأ نافع على هذا يجوز مثل هذا الضرورة قال مالك
والا فالسنة أن يدفن كل واحد منهم في قبر وانما يقدم في القبر أفضلهم وهو من كان أكثرهم قرأ نافع
ذلك الوقت فيجعل مما يلي القبلة ثم يجعل غيره بعد ذلك مما يليه وهذا يقتضي تفضيل النبي صلى الله
عليه وسلم لاهل القرآن وحض أصحابه على الاستكثار من أخذه

(فصل) وقوله وهما ممن استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغير من مكانهما عبد الله بن عمرو وعمرو بن
الجوح كانا صهرين واستشهدا يوم أحد ودفنا في قبر واحد فحفر السيل قبرهما لما كان مما يليه
أو قرب منه فأرادوا نقلهما عن مكانهما ذلك الى موضع لا يضر به السيل فحفر عنهما لينقلا ولا بأس
بحفر القبر وإخراج الميت منه اذا كان ذلك لوجه مصلحة ولم يكن في ذلك اضرار به وليس من هذا
الباب نبش القبور فان ذلك لوجه الضرر أو لغير منفعة

(فصل) وقوله فوجد المغيرا كأنما ماتا بالأمس وهذه على ما نعتقده كرامة من الله تعالى
خصه ما بها ولعله قد خص بذلك أهل أحد ومن كان له مثل فضلهم ما فان تلك الأرض تسرع التغير
الى من دفن فيها ولو كان ذلك أمرا معتادا في تلك الأرض لما ذكره في هذا الحديث على وجه
التعجب منه

(فصل) وقوله وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن وهو كذلك لعله انما ترك على
ذلك لاستعجال دفنه وترك التردد والتوقف على تليين أعضائه ويحتمل أن يكون قد تعذر ذلك

فيه الابتغى من أعضائه ويحتمل أن يكون قد ترك على تلك الحال ليحشر عليها والله أعلم
 (فصل) وقوله فأميطت يده عن جرحه ثم أرسلت فرجعت كما كانت يقتضى أنه قد بقيت
 رطوبة أعضائه ولينها ولونشفت وذهبت رطوبتها لما مكن إزالة يده من مكانها إلا بكسر شيء من
 أعضائه وصرفها إلى صورة تمنع رجوعها إلى مكانها إذا تركت على أنه قد كان بين وقت دفنها ووقت
 الحفر عنهما ست وأربعون سنة وهذه مدة لا يكاد يبقى معها الميت على المعتاد من الأحوال بقية
 رطوبة ولا اتصال أعضاء والله أعلم ص **قال مالك لأبأس** بأن يدفن الرجلان والثلاثة في قبر
 واحد من ضرورة ويجعل الأكبر ممالي القبلة **ش** قوله لأبأس أن يدفن الرجلان
 والثلاثة في قبر واحد من ضرورة يدل على أن ذلك لا يفعل إلا من ضرورة وكذلك قال أشهب
 لا يكفنان في كفن واحد إلا من ضرورة ولمن فعل ذلك من غير ضرورة حظه من الاساءة (مسئلة)
 وكذلك يدفنان في قبر واحد من ضرورة ويقدم في اللحد الأكبر ويجعل ممالي القبلة وهذا معنى
 التقديم في اللحد وقال أشهب يقدم في اللحد أفضلهما وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
 كان يقدم في اللحد كثرهما قرآنا وهذا كله يعود إلى معنى الفضيلة فإذا استويا في الفضيلة
 قدم الأكبرهما لأن للسن حقا وفضيلة وروى موسى بن معاوية عن ابن القاسم نجعل الرجل ممالي
 القبلة ثم نجعل بعدهم الصبيان ثم نجعل بعدهم النساء (مسئلة) قال أشهب وإذا دفن رجلان في
 القبر لم يجعل بينهما حاجز من التراب وذلك أنه لا معنى له إلا التضييق والله أعلم ص **قال مالك** عن
 ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال قدم علي أبي بكر الصديق مال من البحرين فقال من كان له عند
 رسول الله صلى الله عليه وسلم وأى أوعدة فليأتني فجاءه جابر بن عبد الله فخن له ثلاث حفنات **ش**
 قوله قدم علي أبي بكر الصديق مال من البحرين يريد من مال الله وما ينقل إلى بيت مالهم من الجزية
 التي على الجاجم وخراج الأرض وعشور أهل الذمة إذا تجروا من أفق إلى أفق والركاز والمعدن إذا
 أخذ منه الخمس قال ابن القاسم ولم يذكروا أخذ من أهل الحرب من عشور أو ماصو لحوا عليه
قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي لاحق بذلك وهذا يحتمل أن ينقل إلى المدينة على وجهين
 أحدهما أن ينقل إليها بعد دخلة أهل تلك البلاد التي يجي فيها ذلك المال فهذا حكم كل مال يجي في
 جهة من الجهات أن ينظر إلى حال تلك الجهة التي جى فيها وحال سائر تلك الجهات فإن استوت حاجتهم
 وعمتهم الشدة أو السعة فرق حيث جى ولا ينقل إلى غيره من البلاد شيء منه رواه ابن المواز
 عن مالك ووجه ذلك اختصاص الجباة (مسئلة) وإن كان غيرها من البلاد أحوج نقل إلى غيرها
 ولا يعدى منها من جيت منهم رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك أن لهم منزلة على غيرهم في استحقاقه
 لاختصاصهم به فلا يجب أن يحرموا منه وإن استحق نقل بعضها للحاجة النازلة بغيرهم وقال في
 المجموعة والموازاة وغيرها في الرجل من أهل الشام يبعث ببعض صدقاته إلى المدينة فذلك صواب
 قال محمد وأرى مال كاخص المدينة بذلك لأنها بلد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا الذي قاله محمد
 يحتمل ويحتمل أن يكون مال كاخص المدينة بذلك لأن الغالب على أهل المدينة الحاجة وصيق الحال وقد
 قال في المدونة في الرجل يخرج زكاة ماله فيبلغه عن أهل المدينة حاجة فيرسل إليها ببعض زكاته
 ما رأيت بذلك بأسا ورأيت صوابا

قال مالك لأبأس أن
 يدفن الرجلان والثلاثة
 في قبر واحد من ضرورة
 ويجعل الأكبر ممالي
 القبلة **ش** وحدثنى عن
 مالك عن ربيعة بن
 أبي عبد الرحمن أنه قال
 قدم علي أبي بكر الصديق
 مال من البحرين فقال
 من كان له عند رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وأى
 أوعدة فليأتني فجاءه
 جابر بن عبد الله فخن له
 ثلاث حفنات

(فصل) والوجه الثاني أن ينقل إلى المدينة لانه بها كان الاتفاق واعطاء الأرزاق فكان ينقل
 ذلك إلى من يرزق منه بعد سد الثغور التي كان يجي منها هذا المال والتفريق على أهلها بقدر ما يغنيهم

أو يسد حاجتهم فيفريق بالمدينة على أهل الأعطية وعلى من اعتزا خلقية بها ولزمه من حقوق المسلمين (مسئلة) فإذا قلنا أنه ينقل هذا المال إلى موضع تفرقة فنماديتكارى عليه روى عيسى عن ابن القاسم في الزكاة تنقل من بلد إلى بلد لا يتكارى عليهما من النقيء ولكنه يبيع ذلك ويشترى مثله في موضع القسمة وقال في العتية عن مالك يتكارى على ذلك من النقيء أو يبيعه وجه القول الاول انه اذا لم يكن له وجه فالصواب بيعه وتبليغ ثمنه إلى موضع قسمته اذا لم يكن الكراء عليه والكراء عليه من جملته مخرج الزكاة عن وجهها واخراجها من النقيء ظلم لأهل النقيء فلم يبق الا ما ذكرناه ووجه القول الثاني ان النظر في ذلك للإمام بالذي هو أحوط لمستحق هذا المال فقد يكون البيع تارة أفضل وقد يكون الحمل والكراء عليه أفضل وأحوط لخصه بموضع البيع وغلائه بموضع الشراء واذا كان الصواب الكراء عليه فيكون ذلك من النقيء لانه موقوف لمنافع المسلمين والزكاة مقصورة على وجوه لا يجوز اخراجها عنها

(فصل) وقول أبي بكر رضي الله عنه من كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأى أوعدة فليأتنا الوأى العهد وهو قريب من العدة في هذا الموضع واستدعى أبو بكر رضي الله عنه من كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم عدة ليفي بهده وينجز عهده إذ هو الخليفة والقاضي عنه ما وعده والمتبع لسيرته والقائم بإفاد وصاياه وما وعده النبي صلى الله عليه وسلم فهو حق يحق على أبي بكر وغيره ممن يأتي بعده إنفاذه وقد جاء جابر إلى أبي بكر فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لي لو قد جاء مال البحرين أعطيتك هكذا وهكذا أو يحتمل أن يكون جابر ثبت ذلك عنده بشهادة عدلين ويحتمل أن يكون أبو بكر قبل قولا في ذلك لما رآه أهلا لذلك وكان من حسن النظر أن يعطيه وان لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم وعده وقد قال مالك رحمه الله قد يعطى الوأى الرجل المال جائز لا يرى فيه على وجه الدين أى وجه الدين من الوأى (مسئلة) فان كان على وجه العدة فهل هي لازمة يحتمل أن تكون مواعيد النبي صلى الله عليه وسلم في هذا لازمة له لان وعده حق وصواب ولم يعد من ماله عطية وانما وعده من بيت المال فكأنه عين لمن وعده ذلك المقدار في بيت المال وتعيينه صواب فيجب أن ينفذ ويحتمل أن يتنون حكمه في ذلك حكم غيره ولا يخالو أن يكون الوعد يدخل الانسان في أمر أو لا يدخله فيه مثل أن يقول له اشتروا بأودابة وأنا أعينك على ذلك دينارا أو أسلفك الثمن أو أسلفك منه كذا فهذا اتفاق أصحابنا ان هذه العدة لازمة يحكم بها على الواعد (مسئلة) وأما ان كانت عدة لا تدخل من وعده في شيء فلا يخالو من أن تكون مفسرة أو مبهمة فان كانت مفسرة مثل أن يقول الرجل للرجل أعزني دابتك إلى موضع كذا فيقول أنا أعيرك غدا أو يقول على دين فأسلفني مائة دينار أقضه فيقول أنا أسلفك فهذا قال أصبغ في العتية يحكم بانجاز ما وعده كالذي يدخل الانسان في عقد وظاهر المذهب على خلاف هذا لانه لم يدخله بوعده في شيء يضطره إلى ما وعده (مسئلة) وأما ان كانت مبهمة مثل أن يقول له أسلفني مائة دينار ولا يذكروا حاجته إليها أو يقول أعزني دابتك أركبها ولا يذكروا موضعا ولا حاجة فهذا قال أصبغ لا يحكم عليه بها (فرع) فإذا قلنا في المسئلة الاولى انه يحكم عليه بالعدة اذا كان لا مبرأ دخله فيه مثل أن يقول له انكح وأنا أسلفك ما تصدقها فان رجع عن ذلك الوعد قبل أن ينكح من وعده فهل يحكم عليه بذلك أم لا قال أصبغ في العتية يلزمه ذلك ويحكم به عليه ألزمه ذلك بالوعد وباللغة التوفيق

(فصل) وقوله فخن له ثلاث حففات امتثالا لصفة موعد النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى انه كان

في كل حفنة خمسمائة دينار والله أعلم تم كتاب الجهاد بحمد الله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم. وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب النذور والایمان ﴾

﴿ ما يجب من النذور في المشي ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن عباس أن سعد بن عبادة استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن أئني ماتت وعليها نذر ولم تقضه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضه عنها ﴾ ش قوله إن سعد بن عبادة استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد سأل سؤال الملزم لحكمه الرجوع إلى قوله وذلك يسمى مستفتياً وقول المفتي له يسمى فتوى وذلك إنما يكون لجميع الأمة مع النبي صلى الله عليه وسلم أو للخاص مع العالم على وجه الاختيار له والمذاكرة أو على وجه الاستفتاء فأما العالمان اللذان يسوغ لكل واحد منهما الاجتهاد مع وجود الآخر فإنه إذا سأل أحدهما الآخر لا يخلو أن يسئله على وجه الاختيار والمذاكرة أو على وجه الاستفتاء والتقليد فأما سؤاله على وجه المذاكرة والمناظرة فإن ذلك ليس باستفتاء بل هو مذاكرة ومناظرة وذلك جائز لها إذا التزم شروط المناظرة من الانصاف وقصد اظهار الحق والتعاون على الوصول اليه وتبيينه وسلاماً من المراءى وقصد المغالبة وقد فعل ذلك الصحابة ومن بعدهم من العلماء إلى وقتنا هذا وأما سؤاله إياه مستفتياً فإنه لا يجوز مع تساويهما في العلم ويمكن السائل من النظر والاستدلال لأن فرض كل واحد منهما الاجتهاد دون السؤال وإن كان لأحدهما شغوف في العلم فهل يجوز للذي دونه أن يقلده مع تمكنه من النظر والاستدلال الذي عليه جمهور العلماء إن ذلك لا يجوز له وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ذلك جائز له والدليل لما ذهب إليه الجمهور ما قدمناه من أن فرضه الاجتهاد دون السؤال (مسئلة) وأما أن خاف العالم فوات الحادثة فهل له أن يستفتي غيره ذهب القاضي أبو محمد إلى جواز ذلك ومنع منه سائر أصحابنا وقالوا تخلى القضية من قوله ويتركها لغيره وهذا يتصور فيما يستفتي فيه وأما ما يخصه فلا بد منه كما قاله القاضي أبو محمد والله أعلم وقد بسط القول في ذلك كله وفي صفة المفتي وصفة المستفتي في غير هذا الكتاب مما يغني عن إعادته (فصل) وقوله إن أئني ماتت وعليها نذر لم تقضه يقتضي أن النذر مباح جائز لأن سعداً ذكر أن أمته نذرت وسمع ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره بل أمره أن يقضيه عنها ولا خلاف في جوازه وأما ما روى عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النذر وقال إنه لا يرد شيئاً ولكنه يستخرج من البخل فأنما معنى ذلك أن تنذر لعني من أمر الدنيا مثل أن يقول إن شقي الله مرضي أو قدم غائب أو نجاني من أمر كذا أو رزقني كذا فاني أصوم يومين أو أصلي صلاة أو أتصدق بكذا فهذا المكروه المنهي عنه وإنما كان يستحب أن يكون فعله ذلك لله تبارك وتعالى رجاء ثوابه وأن يكون نذره على ذلك الوجه دون تعلق نذره بشيء من أمر الدنيا وغرضها (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن النذر يلزم في الجملة والأصل فيه قوله تعالى يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيراً ومن جهة السنة ما روى عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء قوم ينذرون ولا يوفون ويخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ويظهرون فيهم السين فعاب النبي صلى الله عليه وسلم القرن بأهله ينذرون ولا يوفون وهذا يدل على أنه

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب النذور والایمان ﴾

﴿ ما يجب من النذور

في المشي ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن ابن شهاب عن عبيد

الله بن عبد الله بن عتبة

ابن مسعود عن عبد الله

ابن عباس أن سعد بن عبادة

استفتى رسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال إن أئني

ماتت وعليها نذر ولم تقضه

فقال رسول الله صلى الله

عليه وسلم اقضه عنها

غير جائز ولا مباح ولو كان جائزا ترك الوفاء بالنذر لما عاب به القرن
 (فصل) وقوله ان أمي ماتت وعليها نذر يحتمل أن يكون مطلقا ويحتمل أن يكون مقيدا فالمطلق
 مثل أن يقول المكاف لله على نذر ولا يجعل له مخرجا والمقيد مثل أن يقول لله على نذر صوم يوم أو
 صلاة ركعتين أو صدقة بدينار أو حج أو غير ذلك من أعمال البر فكل النذر ين جائز فان كان مطلقا
 فان فيه كفارة يمين عند مالك وعن الشافعي في ذلك قولان أحدهما انه لا ينعقد هذا النذر والثاني
 انه ينعقد ويجب عليه أقل ما يقع عليه الاسم والدليل على صحة انعقاده قوله تعالى وليوفوا نذورهم
 ودليلنا من جهة السنة خبر ابن عباس هذا وفيه من قول سعد ان أمي ماتت وعليها نذر والظاهر انه
 مطلق لانه لو كان مقيدا لاستفسره النبي صلى الله عليه وسلم عما نذر لان من النذر المقيد ما يجب الوفاء
 به ومنه ما لا يجب الوفاء به وهو أن يكون مباحا ومنه ما لا يحل الوفاء به وهو أن ينذر محرما فلما كان
 النذر المقيد يتنوع الى ما لا يجوز والى ما يجوز كان الاظهر انه لو كان مقيدا لسأله عن وجه نذرها ليميز
 منه ما يجوز مما لا يجوز وبحسب ذلك يكون الجواب ولما لم يستل كان الاظهر انه النذر المطلق الذي
 لا يكون منه ما يجوز وما لا يلزم ودليلنا من جهة القياس انه نذر قصد به القربة فوجب أن يتعلق به
 الوجوب أصل ذلك اذا كان مقيدا بما فيه قربة

(فصل) واذا قلنا ان نذر أم سعد من جهة اللفظ يصح أن يكون مطلقا ويصح أن يكون مقيدا فقد
 مضى الكلام في النذر المطلق فأما المقيد فانه قديما بما فيه قربة ويقيده بمباح لا قربة فيه ويقيده
 بمحرم فاذا قيد بما فيه قربة فانه يلزم وان لم يتعلق بشرط ولا صفة مثل قوله لله على أن أصلي صلاة
 أو أصوم صوما وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم النذر وان كان مقيدا الا أن يتعلق بشرط أو صفة
 مثل أن يقول لله على صوم يوم أو صلاة أو صدقة ان قدم غائبي أو نزل المطر اليوم أو فرج عن المريض
 والدليل على ما نقوله قوله تعالى يوفون بالنذر ويخافون يوما ولم يفرق بين التعلق بصفة ولا بغير صفة
 فيجب أن يحمل على عمومهم ودليلنا من جهة السنة ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نذر أن
 يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه ودليلنا من جهة القياس انه ألزم نفسه من جهة النذر
 ما يلزم الوفاء بجنسه فوجب أن يلزمه أصل ذلك اذا علق بصفة (مسئلة) ويلزم النذر على وجه
 اللجاج والغضب وقال الشافعي هو مخير في نذره على اللجاج بين أن يكفر كفارة يمين وبين أن يفي به
 والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى أو فوا بالعقود والوفاء بها أن يأتي بها على حسب ما التزمها
 ودليلنا من جهة السنة قوله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه ودليلنا من جهة
 القياس ان هذه حال يلزم فيها الوفاء بالطلاق والعقاق فإلزم فيها الوفاء بسائر القرب كحال الرضى
 (مسئلة) وأما اذا نذر أمر مباحا كالجلوس والقيام والاضطجاع فلا يلزمه بذلك شيء وبه قال
 أبو حنيفة والشافعي وقال ابن حنبل هو مخير بين فعله وبين كفارة يمين ودليلنا على صحة ما نقوله أن
 هذا نذر ما ليس بقربة فلم ينعقد نذره أصل ذلك اذا نذر معصية

(فصل) وقوله ان أمي ماتت وعليها نذر لم تقضه يحتمل أنها لم تقضه ولم يجب عليها بعد وان كانت قد
 انعقدت يمينها به ويحتمل أنها لم تقضه وقد وجب عليها فاما ان لم تكن قضته لأنه لم يجب عليها بمثل
 أن تقول لله على نذر ان قدم فلان أو ان شفى فلان أو ان جاء فلان هذا الشهر فانت قبل ذلك فانه
 لا يلزمها قضاءه وان فعلت فحسن مثل ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم اني نذرت اعتكاف يوم في الجاهلية فقال له صلى الله عليه وسلم أوف بنذرك فأمره

صلى الله عليه وسلم بالوفاء به لأنه التزمه في حال كفره وتلك حال لا يلزم ما نذر فيها (مسئلة) ومن ذلك أن تقول على نذر أن كملت فلانا فأرادت أن تكفر نذرها قبل أن تحنث فيه وقد اختلف قول مالك في كفارة اليمين قبل الحنث فقال مرة لا تجوز وبه قال أبو حنيفة وقال مرة تجوز وبه قال الشافعي وجه القول الاول أنه كفارة فلا يجوز تقديمها على موجبها أصل ذلك كفارة القتل ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير ومن جهة القياس أن الكفارة معني بحل اليمين فجاز أن تتقدم على الحنث كالاستثناء (مسئلة) فأما إذا وجب ذلك عليها مثل أن تقول لله على نذر أن قدم فلان أو أن كملت فلانا فوجب عليها بقدم فلان أو بان كملت فلانا ثم ماتت قبل أن تقضى فلا يخلو أن يكون ذلك لتعذر القضاء بسرعة موتها قبل أن تقضى نذرها ولعلمها ماتت فجأة وقد روى عن سعد ابن عباد وبيحتمل أن تكون أخرت لجواز تأخيرها لأنه لا يلزم من حنث في يمين أن يكفر حين الحنث وله تأخيرها ما لم يغلب على ظنه الفوات لكنه يستحب له التعجيل ليسرى ذمته مما لزمه فقول سعد وعليها نذر على هذا الوجه بين لأن لفظة على انما تستعمل فيما يلزم الانسان ويجب عليه وأما على الوجه الاول فانه يصح أن يقال أيضا عليها نذر بمعنى انها كانت عقدته والتزمته وان لم يجب بعد عليها أداؤه ولكنه في الوجه الثاني أظهر وأبين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اقضه عنها يقتضى أنه يصح أداء ذلك عنها وان ذلك يبرئها ويقضى عنها وان كان لفظه لفظ الامر فان مقتضاه النذر بقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى فلا يجوز أن يلزمه هو النذر بنذرها والتزامها ويوجب ذلك عليه القضاء عنها (مسئلة) اذا ثبت ذلك من أنه لا يجب عليه ولا يجوز له فعله فانه ان كان نذرا مطلقا فان كفارته كفارة يمين وهو معنى متعلق بالمال وان كان مقيدا فانه لا يخلو أن يكون مختصا بالمال كالصدقة والعق أو يكون مختصا بالبدن كالصلاة والصيام أو يكون له تعلق بهما كالحج والجهاد فان كان مختصا بالمال كالصدقة والعق والتعبيس في سبيل الله فانه لا خلاف في جواز النية فيه وان لم يشأ أن يقضيه عن الميت وينوب في ذلك بنية عن نية الميت فا كان منها مختصا بالبدن كالصلاة والصيام فانه لا يصح أن يقضيه أحد عنه ولا ينوب فيه عنه وان كان مما يتعلق بالمال والبدن كالحج فقد قال مالك انه يجوز أن ينفذه وصية الموصى بان يحج عنه وهذا يقتضى أنه يصح أن يحج عنه من شاء من ورثته بعده وقد تقدم بيانه في كتاب الحج فاذا قلنا ان قول سعد ان أمي ماتت وعليها نذر يقتضى النذر المطلق فان معناه المال لأن كفارته كفارة يمين ولا خلاف في صحة النية في ذلك واذا قلنا انه يحتمل النذر المقيد فان الظاهر انه مقيد بما يختص بالمال أو بما له تعلق بالمال والبدن ولذلك أمره أن يقضيه عنها ولو كان مما يختص بالبدن لم يأمره بذلك لأن النية لا تصح فيه كما لا تصح في فروضه (مسئلة) ومن ناب عن غيره ممن نذر المشى الى مكة فلم يقضه هل ينوب عنه في المشى بقدمه ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمته أنها حدثت عن جدته أنها كانت جعلت على نفسها مشيا الى مسجد قباء فماتت ولم تقضه فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها قال يحيى وسعدت مالكا يقول لا يمش أحد عن أحد * ش قوله جعلت على نفسها مشيا الى قباء يقتضى أنها اعتقدت كونه قربة لمن قرب منه ويدل على ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأتي قباء راكبا وماشيا فن كان بالمدينة ونذر مشيا الى مسجد قباء فقد روى ابن حبيب عن ابن وهب عن مالك فبين نذر مشيا الى مسجد وهو معه بالبلد

* وحديثي عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمته أنها حدثت عن جدته أنها كانت جعلت على نفسها مشيا الى مسجد قباء فماتت ولم تقضه فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها قال يحيى وسعدت مالكا يقول لا يمش أحد عن أحد

فانه يمشى اليه ويصلي فيه وقد أوجب ابن عباس في مسجد قباء قال وقباء على ثلاثة أميال من المدينة وفي كتاب ابن المواز فيمن نذر أن يصلي في مسجد غير المساجد الثلاثة فليصل بموضعه ويجزئه إلا أن يكون قريبا قليلا ته ويصل فيه وهذا على ما رواه ابن عباس وأفتى به من نذره من نساء أهل المدينة وأما من كان بغير المدينة ممن يتكلف اليه سفر فانه لا يجوز قصده ومن نذر ذلك لم يلزمه والاصل في ذلك حديث أبي بصرة الغفاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد مسجدى هذا والمسجد الحرام ومسجد إيلياء فالمشى إلى مسجد قباء ممن قرب منها ليس من أعمال المطى فأما من نذر مشيا إليه ممن على بعد ممن يكون من جهته أعمال المطى أو نذر مشيا إلى مسجد الكوفة أو البصرة أو غيرها من البلاد للصلاة فيه فمن هو منها على سفر لم ينقض نذره لأنه نذر نذرًا محظورا ممنوعا منه وأما من نذر اثنين مكة فانه يلزمه ذلك وبه قال جماعة الفقهاء وسيأتى ذكره بعد هذا مستوعبا إن شاء الله تعالى (مسئلة) وأما من نذر مشيا إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو مسجد بيت المقدس فإن عندنا كذا يلزمه ذلك خلافا للشافعي في قوله لا يلزمه ذلك والدليل على صحة ما نقوله الحديث المتقدم في قوله لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد وهذا يقتضى أعمالها إلى كل واحد منها والصلاة فيها فربما فوجبا أن يلزم بالنذر ودليلنا من جهة القياس أن هذا مسجد ورد الشرع بأعمال المطى إليه فوجب أن يلزم قصده بالنذر كالمسجد الحرام (مسئلة) اذ ثبت أنه يلزم بالنذر قصدها فهل يلزم المشى لمن نذر المشى إليه قال مالك يأتها را كبا ولا شئ عليه وقال ابن وهب يأتها ماشيا وإن بعد في كتاب ابن المواز يأتها را كبا وهل إن كان قريبا مثل الأميال اليسيرة أناها ماشيا وهذا خفيف وقيل لا يمشى وإن كان ميلا وجه القول الأول في نفي وجوب المشى أن هذين المسجدين لا تتعلق القرية بهما بالمشى فلذلك لم يلزم المشى إليهما من نذره ووجه الرواية الثانية أن هذا مسجد يلزم إتيانه من نذره فلزم المشى إليه لمن نذره كالمسجد الحرام

* وحدثني عن مالك عن
عبد الله بن أبي حبيبة قال
قلت لرجل وأنا حديث
السن ما على الرجل أن
يقول على مشى إلى بيت
الله ولم يقل على نذر

(فصل) وقوله فأتت ولم تقضه على ما تقدم وقوله فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها أجراه مجرى ما تصح فيه النيابة من الحج وذلك أنه نذر متعلق بقطع مسافة هي في نفسها قرينة فجاز أن تدخله النيابة كالحج والجهاد وعلى هذا القول تدخل النيابة في قصد مسجد النبي صلى الله عليه وسلم وقصد مسجد المقدس وقد قال مالك في العتية في التي نذرت المشى إلى مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم فأتت قبل ذلك لا يفعل ذلك أحد عن أحد وإن شأنا تصدقوا عنها بقدر كراتها وزادها ذاهبة وراجعة وهذا لا يمنع ما ذكرناه من النيابة ولو أوصت به لأن هذا حكم من التزم المشى إلى مكة لا يبيع أحد عنه وإن شأنا تصدقوا بقدر النفقة ولو أوصى به لنفقت وصيته * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون حكم قباء غير حكم المسجد الحرام لأن قطع المسافة التي تتعلق بنفقة المال إليه ليست بقرينة وإنما القرينة في الصلاة فيه خاصة وحكمه في قطع المسافة إليه حكم سائر المساجد وهذا عندى أظهر والله أعلم

(فصل) وقول مالك لا يمشى أحد عن أحد يحتمل أن يريد به في حج ولا غيره ويحتمل أن يريد به في المشى إلى قباء خاصة وحله على عموميه أظهر لقولنا بالعموم لأن المشى عمل يختص بالبدن ولا يتعلق بالمال وإن كان المشى إلى مكة يتعلق بالمال والبدن ص * مالك عن عبد الله بن أبي حبيبة قال قلت لرجل وأنا حديث السن ما على الرجل أن يقول على مشى إلى بيت الله ولم يقل على نذر

مشى فقال رجل هل لك أن أعطيك هذا الجرو لجرو قناء بيده وتقول على مشى الى بيت الله قال
فقلت نعم فقلته وأنا يومئذ حديث السن ثم مكثت حتى عقلت فقبل لي ان عليك مشيا فبحث سعيد
ابن المسيب فسأله عن ذلك فقال عليك مشى فثبتت قال مالك وهذا الأمر عندنا ^ش قوله قلت
وأنا حديث السن يريد انه لم يكن فقه بعد لصغر سنه وحداثته وانه لم يبلغ من السن مبلغا يتسع لتفقه
في مثل هذا من الأمور التي تنذر وليست بمعادة كالصوم والصلاة التي تتكرر ويلزم التفقه
فيها من أول العمر وروى ابن حبيب عن مالك قال وكان عبد الله بن أبي حبيبة يومئذ قد بلغ الحلم الا
انه كان صغيرا بعد ثمان بلوغه

(فصل) وقوله أعلی الرجل أن يقول على مشى الى بيت الله ولم يقل على نذر مشى يريد انه لا شيء
عليه في قوله على مشى الى بيت الله ولا يلزمه به حج ولا غير ذلك مما يتعلق به النذر حتى يتلفظ بالنذر
فيقول على نذر مشى الى بيت الله فاعتقد ان لفظ الالتزام والایجاب اذا عرأ من لفظ النذر لم يجب
عليه به شيء وهذا لانه لم يكن تفقه في هذه المسئلة ولا عرف حكمها ولا ما يلزم منها ولعل ذلك أمر قام
في نفسه من غير نظر ولا تأمل فاعتقد صحته والذي روى ابن المواز وغيره عن مالك ان ذلك سواء
يلزمه المشى الى مكة ذكر النذر أو لم يذكره وبذلك أجابه سعيد بن المسيب وقد روى عن سعيد
والقاسم بن محمد انه لا يلزمه شيء حتى يذكر النذر وقد جعلاه من باب الخبر على أن اسناده عن سعيد بن
المسيب ضعيف

(فصل) وقول الرجل له هل لك أن أعطيك هذا الجرو لجرو قناء بيده وتقول على مشى الى بيت
الله على معنى الإنكار لقوله والجل له على تعب المشى الى بيت الله ان لم يرجع عن قوله ذلك واعتقد
انه يغتم منه أخذ جرو القناء لغير سبب ومثل هذا مما يجب أن لا يفعل فر بما حمل الانسان لاسيما من
لا علم عنده اللجاج على التزام ما يشق عليه ور بما لم يمكنه الوفاء به وقد كان الأولى أن يعلمه بوجه
الصواب فيما قال فان أناب اليه والاحضه على السؤال عنه لكنه بما اعتقد فيه انه اذا لم يلزم هذا
القول أغفل السؤال عنه والبحث عن الصواب فيه

(فصل) وقول عبد الله بن أبي حبيبة على مشى الى بيت الله على ذلك الوجه من باب النذر على
سبيل اللجاج وقد تقدم من قولنا انه يلزم اذا كان مما يلزم مثله لانه قربة وقد أمر ابن المسيب
بالوفاء به وأعلمه أن المشى الذي التزمه لازم له (مسئلة) وقوله ثم مكثت حتى عقلت يريد انه
عقل أمره وأقبل على أمر دينه والاهتبال بما يلزمه منه ومجالسة أهل الدين والعلم ومذاكرتهم لما
جرى له من ذلك فقبل له ان عليه المشى على حسب ما التزمه ولان ترك التلفظ بالنذر لا يمنع أن يجب
عليه ما التزمه (مسئلة) وقوله فسأله عن ذلك سعيد بن المسيب يحتمل أن يكون الذين أخبروه
بوجوب ذلك عليه لم يكونوا عنده من أهل العلم والاجتهاد فلم يرتقليدهم في ذلك حتى سأل عنه ابن
المسيب لانه كان أعلم وقته بعد الصحابة وقد اختلف الناس فممن نزلت به نازلة من العامة من
يقول في ذلك ويقول من يأخذ بلا خلاف يجوز له الأخذ بقول أفضلهم وأعلمهم وهل يجوز له الأخذ
بقول غيره اذا كملت له آلات الاجتهاد اختلف الناس في ذلك قال القاضي أبو الوليد وعندي انه
يجوز له الأخذ بقول من شاء منهم وقد قال قوم من أهل الأصول ليس له الأخذ الا بقول أفضلهم
وأعلمهم والدليل على ما نقوله انه لا خلاف ان بعض الصحابة كان أفضل من بعض وأعلم وقد كان
جميع فقهاءهم يفتي وينتهي الناس الى قوله ويأخذون به ولو وجب الاقتصار على قول أفضلهم وأعلمهم
لما جاز لغيره أن يفتي

مشى فقال لي رجل هل لك
أن أعطيك هذا الجرو لجرو
قناء بيده وتقول على مشى
الى بيت الله قال فقلت نعم
فقلته وأنا يومئذ حديث
السن ثم مكثت حتى عقلت
فقبل لي ان عليك مشيا
فبحث سعيد بن المسيب
فسأله عن ذلك فقال لي
عليك مشى فثبتت قال
مالك وهذا الأمر عندنا

(فصل) وقول ابن المسيب عليك مشى على سبيل الفتوى والجواب عن مشيه الذي سأل عنه من قوله على مشى الى بيت الله وفي ذلك مسئلتان احدهما ان ما سأل عنه من قوله على مشى يلزم دون أن يقترب به لفظ النذر ووجه ذلك أن النذر لا يفيد أكثر من التزام ما جعله على نفسه وقوله على مشى الى بيت الله تصرح بذلك ونص فيه فوجب أن يلزمه وان جاز أن يتأول في قوله على مشى الى بيت الله ولا يذ كر حجا ولا عمرة فلا يخلو أن تكون له نية أولانية له فان كانت له نية فهو على ما نوى فان نوى مكة أو مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو مسجد بيت المقدس فهو على ما نوى وان نوى مسجدا من المساجد غيرها فله نية ولا يلزمه المشى الى غير ما نوى رواه ابن وهب عن مالك في المدونة ووجه ذلك أن اللفظ واقع على كل مسجد فاذا نوى ما يتناول اللفظ كان ذلك له لاسيما فيما لا يحكم به عليه وان لم تكن له نية فقد قال مالك في المسونة يلزمه المشى الى مكة ووجه ذلك أن هذا اللفظ وان كان واقعا على سائر البيوت والمساجد فإنه أظهر في المساجد منه في البيوت وهو في مكة على طريق الاختصاص أظهر منه في سائر المساجد كما أن عبد الله ورسوله واقع على سائر الرسل الا أنه في نبينا صلى الله عليه وسلم أخص ووجه الاختصاص أظهر فيجب أن يعمل عليه

(فصل) وقوله فشيئت يريده أنه التزم ذلك وقلد ابن المسيب فيما افتاه به فشى الى مكة في حج أو عمرة وسنين أحكام ذلك بعد هذا ان شاء الله وقول مالك وعلى هذا الأمر عندنا يريده من فتوى ابن المسيب في ذلك وليس قول مالك هذا عندنا بن القاسم ولا أكثر رواة الموطأ

✽ ما جاء فيمن نذر مشيا الى بيت الله فعجز ✽

✽ ما جاء فيمن نذر مشيا
الى بيت الله فعجز ✽
✽ حدثني يحيى عن مالك
عن عروة بن أذينة الليثي
أنه قال خرجت مع جدة لي
عليها مشى الى بيت الله
حتى اذا كنا ببعض الطريق
عجزت فارسلت مولى لها
يسأل عبد الله بن عمر
فخرجت معه فسأل عبيد
الله بن عمر فقال له عبد الله
ابن عمر مر بها فلتركب ثم
لتمش من حيث عجزت
قال يحيى وسمعت مالكا
يقول وأرى عليها مع ذلك
الهدى ✽ وحدثني عن
مالك أنه بلغه أن سعيد بن
المسيب وأبا سلمة بن عبد
الرحمن كانا يقولان مثل
قول عبد الله بن عمر

ص ✽ مالك عن عروة بن أذينة الليثي أنه قال خرجت مع جدة لي عليها مشى الى بيت الله حتى اذا كنا ببعض الطريق عجزت فارسلت مولى لها يسأل عبد الله بن عمر فخرجت معه فسأل عبد الله بن عمر فقال له عبد الله مر بها فلتركب ثم لتمش من حيث عجزت قال مالك ونرى عليها مع ذلك الهدى ✽ مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وأبا سلمة بن عبد الرحمن كانا يقولان مثل قول عبد الله بن عمر ✽ ش قوله خرجت مع جدة لي عليها مشى الى بيت الله يقتضي اعتقاد وجوب ذلك عليها والأظهر أنها لا تتكاف ذلك وتبلغ منه ما يشق عليها ان تعجز عن اتحابه الإبعادان توجب ذلك على نفسها ان كانت من أهل العلم أو تسأل عن ذلك غيرها ممن يعتقدها يلزمها بتقليدها فافتاها بذلك ووجوب المشى ✽ قاله على بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس والدليل على ذلك ما روى عن عتبة بن عامر أنه قال نذرت أختي أن تمشى الى بيت الله فأمرتني أن استفتي لها النبي صلى الله عليه وسلم فاستفتيت النبي صلى الله عليه وسلم قال لتمش ولتركب ووجه ذلك من جهة المعنى ان الحج قرية تلزم من نذرهما والمشى اليه نوع من السير اليه وذلك مشروع مما يقترب به كالمشى الى المساجد والجنائز والجمع والطواف والسعي فلزمه نذره على الصفة التي التزمها (مسألة) اذا ثبت ذلك ففي ذلك ست مسائل اخداها في تعليق المشى بمكان يلزم المشى اليه وتبينه مما لا يلزم والثانية فيما يلزم بالنذر من المشى والمسير والثالث في ابتداء ذلك في الزمان والمكان والرابعة في العمل فيه والخامسة في انتهائه والسادسة في مشاركة غيره له ✽ فاما المسئلة الأولى فان المشى يتعلق بالأما كن على ثلاثة أضرب ضرب اذا علق المشى به وجب المسير اليه والمشى فيه وضرب اذا علق المشى به لم يجب المسير اليه ولا المشى فيه وضرب اذا علق المشى به وجب المسير اليه ولم يجب المشى ✽ فاما الأول فان منه ما اتفق عليه

أصحابنا ومنه ما اختلفوا فيه فاما تعليق المشى بالبيت كقولك الى بيت الله أو الى الكعبة أو لشيء منه كقولك الى الركن أو الحجر أو بما يشقل عليه البيت من جهة البنيان كقولك الى المسجد الحرام أو الى مكة فهذا الاخلاف في المنهج في وجوب المسير والمشى وقد اختلفت الرواية عن ابن القاسم في الحاق الحجر والخطيم بذلك وقال أصبغ اذا سمى شيئا ما بقريه مكة كقولك الصفا والمروة وأبي قبيس وقيقعان وأجنادين والأبطح والحجون وشبه ذلك لزمه واذا سمى ما هو خارج من قريه مكة لم يلزمه وقال ابن حبيب اذا سمى شيئا مما في الحرم كنى والمزدلفة وغير ذلك لزمه وان سمى شيئا مما هو خارج الحرم لم يلزمه الا عرفة وقدر روى القاضي أبو اسحق مثل هذا عن أشهب وزاد الا أن ينوى الموضع المسمى بعينه فلا يلزمه وبهذا قال الشافعي الا ذكر عرفة . وقال أبو حنيفة لا يلزمه في القياس شيء من ذلك كله ونسب حسنه اذا قال الى بيت الله أو الكعبة ومكة فوجه قول ابن القاسم انه علق المشى بغير البيت مما لا يشقل عليه بالبنيان فلم يلزمه أصل ذلك اذا علقه بسائر البلاد وقولنا مما لا يشقل عليه بالبنيان احتراز من قوله على المشى الى الحرم فقد قال ابن القاسم لا يلزمه ومعنى ذلك انه لا يشقل على البيت بالبنيان وهذا فارق قوله على المشى الى مكة وإلى المسجد الحرام لان مكة والمسجد الحرام يشتملان على البيت بالبنيان ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن حبيب من قوله ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ومعنى ذلك ان هذا الحكم عند مختص بحاضري المسجد الحرام وهي القرية وما كان فيها * وأما المسئلة الثانية فيما يلزم من نذر مشيا أو مسيرا فقد ذكرنا ان من نذر مشيا الى مكة انه يلزمه المشى اليها لانه صرح بالمشى وان صرح بهذا المشى فنذر الركوب الى مكة أو لم يصرح فنذر الانطلاق الى مكة أو المسير اليها في المدونة عن ابن القاسم قولان أحدهما الركوب وبه قال أشهب والثاني انه لا شيء عليه إلا أن ينوى حجاً أو عمرة وجه القول الأول ان مكة تتعلق بها عبادة وهي الحج والعمرة فاذا نذر المضي اليها لزم بمجرد النذر وان لم تقترن بنذره نية كمن نذر المضي الى مسجد الرسول عليه الصلاة والسلام ووجه القول الثاني ان هذا اللفظ لا يستعمل في المضي الى مكة على وجه النذر والقسم فلذلك لم يلزم به حكم حتى تقترن به نية القرية كمن نذر المضي الى المدينة على سائر أفعال الصلاة والسلام ومعنى قول ابن القاسم في القول الأول عليه الركوب يريد فممن نذر الركوب الى مكة وقد قال ابن المواز عن أشهب في هذا ان أراد المشى لم يجزه ذلك لانه أراد التخفيف عن نفسه وأما الذي ينذر المسير أو الذهاب فهو مخير بين الركوب والمشى لان نذره لم يتعلق بأحد مما بلفظ ولانية (فرع) اذا ثبت ذلك فن نذر مشيا أو مضيا فلا يخلو أن يقيد ذلك بحج أو عمرة أو يطلقه فان قيد ذلك بحج أو عمرة وكان تقييده ذلك بلفظ أو نية لزمه على ما التزمه ولم يجزله أن يقضيه ولا شيئا منه في غير ما قيده به في رواية ابن القاسم عن مالك وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان قيده بحج لم يجزله أن يقضى ما فاته من مشيه في عمرة وان قيده بعمرة جازله أن يقضى ما فاته منه في حج لان عمل الحج أكثر وجه قول مالك انه قد قيد نذره بنفسك فلا يجوز له أن يؤديه ولا يقضى شيئا منه في غيره أصل ذلك ان قيده بالحج فليس له أن يؤدى مشيا ولا يقضى شيئا منه في عمرته (فرع) فان لم يقيده بلفظ ولانية لم يجزله أن يجعل مشيه في مسير حج ولا عمرة رواه ابن وهب عن مالك ووجه ذلك أن المضي في نفسه ليس بقربة الا اذا كان لاداء عبادة فلذلك لم يلزم بالنذر الا على وجه القرية فاذا قلنا لا بد له من أحدهما جازله أن يجعل ذلك في حج أو عمرة * وأما المسئلة الثالثة في ابتداء ذلك في الزمان والمكان فان ذلك أيضا على وجهين أحدهما أن

يقيده بزمان أو مكان فيلزمه على ما قيده به مثل أن يقول على مشى إلى مكة من موضع كذا أو على إحرام
بمحج من موضع كذا أو في شهر كذا لا يستقبل وسواء قيد ذلك بالنطق أو بالنية رواه ابن المواز عن
مالك (فرع) فان أطلق ولم يقيده ذلك فحلف بالمشى إلى مكة بموضع وحنث بغيره فقد روى ابن
حبيب عن مالك يلزمه المشى من موضع يمينه وروى ابن المواز عن عبد الملك أنه يمشى من حيث شاء
من ذلك البلد وقال عن مالك الآن يكون يمينه بمكة فانه يخرج إلى الحل فيمشى منه محرماً فان جهل
فأحرم من مكة خرج إلى الحل محرماً ومشى منه ووجه ذلك أن يمينه بالمشى إلى مكة يقتضي المشى من
حيث حلف لأن ذلك مقتضى لفظه مع الإطلاق لأن موضع حنثه لا يعلمه حين يمينه فلزم المشى من
موضع يمينه فان كان بمكة واقتضى لفظه المشى إليها لزمه المشى إليها وذلك من حيث شاء وأقرب
المواضع بجزئه من ذلك وهو أدنى الحل فيجب أن يكون إحرامه منه لما يلزمه من الخروج إليه فان جهل
فأحرم من مكة لزمه الخروج إليه لما ألزمه من المشى منه ولم يمكنه أن يتحلل من إحرامه بعد الدخول فيه
فيخرج إليه محرماً (فرع) ومن قال أنا محرّم ان فعلت كذا فحنث فان قيد ذلك بوقت أو مكان وكان
تقييده بلفظ أو نية فهو على ما قيده وان لم يقيده بلفظ ولا نية فقد قال مالك ان كان قيداً إحرامه بعمره
لزمه الإحرام يوم يحنث ان وجد من يصعبه فان لم يجد صحبة وخاف أخر حتى يجده وان كان قيداً إحرامه
بمحج أخر إحرامه إلى شهر الحج وهذا مبني على ثلاثة فصول أحدها أنه لا يكون محرماً بنفس الحنث
وانما يكون محرماً لدخوله في الإحرام بعد الحنث والثاني ان كفارة اليمين يستحب تعجيلها على الفور
اذ لم يمنع تعجيلها كراهية ولا عذر والثالث انه لا يكره تأخيرها للعذر ولا معنى بوجوب كراهية
تقديمها فلما لم يكن محرماً بنفس الحنث ولزمه تقديم الإحرام عند الحنث وكانت العمرة لا كراهية
في تقديم الإحرام بها يوم حنث لزمه الإحرام بها ذلك اليوم ان وجد صحابة يأمن معهم فان لم يجد جازله
تأخير ذلك لهذا العذر ان يزول بوجود الرفقة ولما كان الإحرام بالحج مكروهاً في غير أشهر الحج
منع ذلك من تعجيله وسأغ تأخيرها وهذا مبني أيضاً على ان الإحرام قبل الميقات مكروه وقد نص
أصحابنا على انه يجوز أن يحرم الرجل من منزله ما لم يكن قرب الميقات الا أن يتعلق في هذا فان كراهية
تقديم الحج أكد ألا ترى ان من العلماء من يقول من أحرم بالحج وفي غير أشهر الحج لم ينعقد حجا
ولم يختلف العلماء ان من أحرم بالحج قبل الميقات انه ينعقد حجا * وأما المسئلة الرابعة في العمل
في المشى فانه لا يخلو الماشي في حج أو عمره أن يقدر على المشى أو يعجز عنه فان كان قادراً عليه لزمه
المشى فان كان ليس للوضع الذي لزمه المشى منه إلى مكة الا طريق واحد فالضرورة تدعو إلى المشى
فيه وان كانت منه طرق كثيرة ففي كتاب ابن المواز انه ان كان بعضها أخصر من بعض فان له أن يأخذ
أي طريق شاء منها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن تكون كلها معتادة
وكذلك فمن كان بالاندلس له سعة في ركوب البحر ومثله في العتية وأخبره بأنه لا بد له منه وهذا
الاعتلال يقتضي ان له أن يركب ما لا بد له منه فان اختار أن يركب البحر إلى الاسكندرية ثم يركب في
النيل إلى مصر ثم يركب البحر من القلزم إلى جدة فان كان هذا العذر العجز عن المشى فهو بين لأن
الركوب في البحر كالركوب في البر وان كان مع القدرة على المشى وكان هذا هو الطريق المعتاد فانه
يجب على من ذهب من يحمل الألفاظ على عاداتها دون موضوعها ان له ذلك وأما ان كان الطريق
المعتاد غيره فليس له ذلك على المذهب * وأما المسئلة الخامسة في نهاية المشى فان الماشي
في الحج لنذر أو حنث يمشى حتى يتم طواف الأفاضة فان أخر طواف الأفاضة حتى يرجع من

منى لم يركب فى منى لرى الجمار وان قدم طواف الافاضة يوم النحر رجع الى منى راكبا وركب فى منى لرى الجمار وحكى ابن حبيب عن أصحاب مالك انه يمشى حتى يكمل المناسك كلها وان عجل الطواف يوم النحر فانه لا يرجع الى منى الا ماشيا ويمشى لمنى لرى الجمار قال ابن حبيب لان ذلك من عمله ولا يجوز له أن يركب فى شئ من عمل الحج (فرع) وان كان مشيه فى عمرة فلم يختلف أصحابنا فى أن مشيه الى أن يكمل السعى بين الصفا والمروة وذلك أن آخر السعى تمام العمرة وأما الخلاق فانه يحلل منها * وأما المسئلة السادسة فى مشاركة غير النذر له بأن من نذر مشيا الى مكة لا يخلو أن يقيد ذلك بعمرة أو حج أو بهما أو لا يقيد به فان قيد بعمرة ثم مشى حتى جاء الميقات فأحرم لعمرة التي مشى لها وحج فرضه وهو ضرورة فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم يجوز به لفرضه دون نذره وقد وجب عليه دم القران قال ووجه ذلك ان عملهما واحد يد أنه طواف واحد وسعى واحد وهذا التوجيه لا يصح فى منع كون العمرة للنذر لانه كان يجب أن يمنع جوازه عن الحج وكان يمنع ذلك فمن أحرم بحجه لنذر وفرضه أن يجزئه لنذره ولكنه دليل ناقص ومعنى ذلك انه طاف طوافا واحدا وسعيا واحدا فلا ينوب الا عن واجب واحد واذا جع بين الحج والعمرة وكل واحد مقصود لازم على الافراد لم يجز أن ينوب عنهما مع القران فبطل حكم العمرة فوجب أن يصح عن الحج دون العمرة (مسئلة) وان كان قيد نذره أو لا بحج فشى فلما جاء الميقات أحرم بالحج ينوى لنذره وفرضه فان ابن القاسم قد أطلق الجواب فيمن مشى فى نذره ولم يذ كر تقييدا ولا غيره فلما جاء الميقات أحرم بالحج لنذره وفرضه انه يجزئه لنذره ويقضى فرضه وقال ابن المواز ان ذلك انما هو اذا لم يقيد نذره بحج ولا عمرة وأطلقه وأما اذا قصده بحج ثم أحرم بالحج ينوى لها فانه لا يجزئه لفرضه ولا لنذره وعليه أن يستأنفهما وقال عبد الملك وأصبح يستحب له أن يقضيهما ولم يفصلا وجه قول ابن القاسم انه قد أحرم بالحج وانعقد احرامه ولا يصح أن ينعقد احرام عن حجتين واجبتين فاذا لم ينب احرامه الا عن حجة واحدة غير معينة وجب أن يقضى آكدهما ولا فرق بين أن يقيد نذره بالحج أو يطلقه فى ذلك لانه اذا كان نذره مطلقا ثم أحرم له بالحج فقد تعين بالحج ولزمه ذلك حتى لو فاته الحج أو أفسده للزمه أن يقضيه حجا فقد صار هذا بالتبليس به بمنزلة من قيد نذره بالحج واذا كان هذا الاحرام يجزئه عن النذر المطلق فكذلك النذر المقيد وقد احتج ابن المواز للوجه الذى ذكره انه اذا قيد نذره بالحج فقد نذر حجة ثابتة فلما قرن بها حجة الفرض كانت ناقصة فلم تجزه عن النذر وليس كذلك النذر المطلق فانه لم يلزم بنذره حجة كاملة فيكون قد نقصها عن ذلك بأن قرن بها حجة فريضة (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم ان حجة ذلك يجزئه عن احدى الحجتين فقد قال انه يجب عليه أن يقضى أحدهما وهى حجة الفرض وقال المغيرة وابن عبد الحكم يجزئه عن فرضه وعليه قضاء نذره ووجهه أنه لما لم يصح أن ينعقد الحج عنهما وجب أن ينعقد عن آكدهما وأوجههما (فصل) وقول مالك ونرى عليها مع ذلك الهدى يريد لتفريق مشيها لأن المشى فى سفر واحد لا بد أن يكون شرطا فى صحة المشى أو سنة من سنته ومما لصفته فاذا دخل عليه النقص بالتفريق للعجز عن الاتيان به على وجهه لزم الدم (مسئلة) والهدى فى ذلك بدنة فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة فان لم يجد فصيام عشرة أيام رواه ابن المواز وابن حبيب فان أخرج الشاة مع القدرة على البدنة ففي كتاب ابن المواز تجزئه كسائر الهدايا ص مالك عن يحيى بن سعيد انه قال كان على مشى فأصابتنى خاصرة فركبت حتى أتيت مكة فسألت عطاء بن أبي رباح وغيره فقالوا عليك هدى

• وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال كان على مشى فأصابتنى خاصرة فركبت حتى أتيت مكة فسألت عطاء بن أبي رباح وغيره فقالوا عليك هدى

فلما قدمت المدينة سألت علماءها فأمروني أن أمشي مرة أخرى من حيث عجزت فشيت ﴿ ش قوله كان على مشي يريده أنه كان يلزمه بندر وأما اليمين بمثل هذا فذكروه وأرجو أن يكون يحيى بن سعيد على فضله وعلمه لا يخلف بغير الله تعالى إلا أن يكون في نادرة غضب وحر ج ولعله قد كان ذلك في صباه وقبل أن يفقه ولذلك احتاج أن يسأل عن حكمه عطاء وغيره من العلماء

(فصل) وقوله فأصابني خاصرة يريد وجع خاصرة منعت المشي فركب حتى أكمل سفره بالوصول إلى مكة ثم سأل عطاء وأومن وجد بمكة من العلماء فأفتوه بأن عليه الهدى وهذا يقتضي أنهم لم يوجبوا عليه العودة لجبر ماركبه في سفره ولذلك خالفهم أهل المدينة وأوجبوا عليه جبر المشي

(فصل) وقوله أنه سأل لما قدم المدينة يريد ما اعتقد أنهم أعلم من أهل مكة أول تطيب نفسه باتفاق العلماء على حكمه فلما وجد الخلاف أخذ بالأحوط وعاد لأتمام المشي ﴿ قال سمعت مالكا

يقول الأمر عندنا فمن يقول على مشي إلى بيت الله أنه إذا عجز ركب ثم عاد فشي من حيث عجز فإن كان لا يستطيع المشي فلم يش ما قدر عليه ثم ليركب وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة إن لم يجد الأهي ﴿ ش وهذا كما قال فمين نذر المشي إلى بيت الله تعالى يريد مكة أنه ان عجز في بعض طريقه عن المشي أنه يركب ولا يمنعه ذلك من التماضي على الوفاء بنذره والاداء لما التزمه لأنه لا يأمن مثل ذلك

في السفر الثاني وما بعده وانما من حكم المشي أن يكون في سفر واحد فإن فرقه لغير عذر فقد روى ابن حبيب لا يجزئه ذلك ويبتدى المضى ويحيى من رواية ابن المواز أن المشي في سفر واحد أفضل وإن فرقه لغير عذر (مسئلة) وإن فرقه للعجز عن المشي بالضعف عنه ولا يخلو من حالتين أحدهما أن يطعم بالكمال المشي في سفره ثانية على وجه التلقيق أو يئأس من ذلك فإن كان يطعم به فإنه

يمشي ما استطاع فإذا عجز ركب حتى يستريح ثم ينزل ويمشي ويحصى مواضع الركوب ثم يعود مرة أخرى ويمشي ماركب ويجزئه ذلك وعليه دم لتفريق المشي وهذا مبني على ثلاثة أصول أحدها أن المشي قد يلزمه بندره أو حنثه في يمينه والثاني إذا عجز عن المشي في طريقه لا يمكنه التوقف والاراحة بكل موضع يدركه فيه العجز ولا بدله من استدامة المسير وذلك لا يكون إلا بالركوب إلى

أن يرجع فجازله الركوب لذلك ولا ينوب الركوب عن المشي وانما يجزئه الوصول ويبقى ما التزمه من المشي في ذمته يلزمه قضاؤه من المكان الذي التزمه فيه دون غيره وفي نسك من جنس نسكه الذي لزمه فيه فلزمه التلقيق على هذا الوجه والثالث أن القضاء أقل في سفر واحد ولا يكاد أن تلحق المشقة فيه فلذلك لزم التلقيق من رجاء أن يتم قضى مشيه في سفر واحد ومن لم يرج ذلك لم يلزمه

أن يلفق بالقضاء في أكثر من سفر واحد لأن التكرار يشق عليه ولا نهاية له وكذلك لو رجع للتلفيق في القضاء فلم يستوفه لم يجب عليه أن يرجع مرة أخرى للقضاء وذلك أن القضاء لا يلفق وانما يلفق به (مسئلة) وإن كان لا يطعم بالكمال المشي في سفره ثانية لم يلزمه ذلك ولم يش ما استطاع في سفره الأول ويهدى ولا يعود للتلفيق (مسئلة) إذا ثبت ذلك فلا يخلو عجزه عن مشي بعضه من ثلاثة

أحوال أحدها أن يكون قد ركب منه الكثير أو ركب منه اليسير كالיום واليومين أو ركب الأميال فإن كان ركب الكثير مثل أن يركب عقبة ويمشي عقبة فقد روى ابن المواز عن مالك أن هذا رجع ابتداء المشي كله من أوله وفي الواضحة عن مالك أنه يرجع عشي ماركب فيه من تفصيل وجه رواية ابن المواز أن حلت على ظاهرها أنه لما كثرت الركوب حتى ساوى بالمشي أو كان أكثر منه لم يكن لما

مشي حكم وانما ثبت حكمه إذا كان الركوب تبعا ووجه رواية ابن حبيب أنه انما دخل عليه النقص

فلما قدمت المدينة سألت
علماءها فأمروني أن أمشي
مرة أخرى من حيث
عجزت فشيت قال يحيى
وسمعت مالكا يقول الأمر
عندنا فمن يقول على
مشي إلى بيت الله أنه إذا
عجز ركب ثم عاد فشي
من حيث عجز فإن كان
لا يستطيع المشي فلم يش
ما قدر عليه ثم ليركب
وعليه هدى بدنة أو بقرة
أو شاة إن لم يجد الأهي

بركوب الموضع الذي هجز عن المشى فيه فاما يلزمه جبره بالمشى فيه اذا كان المشى مما يجبر ويوجب عليه الدم للتفريق (مسئلة) وان ركب أقل من اليوم في رواية ابن حبيب أو اليوم واليلة في رواية ابن المواز فانه يرجع ويمشى ما ركب ووجه ذلك أنه قد تقدم من مشيه ما فيه قضاء لبعضه فبقى عليه قضاء ما فاتته منه في مثل نسكه (مسئلة) فان كان ركوبه أقل من ذلك فانه ليس عليه الرجوع لجبر مشيه ويجزئه من ذلك الهدى ووجه ذلك قلة ما يلزمه جبره منه مع عظيم ما يتكلف من المشقة باستئناف سفر آخر للقضاء لاسيما لمن لم تقرب داره * وأما من قربت داره من مكة كالיום والثلاثة أيام قال الامام أبو الوليد رضي الله عنه فان ركوب اليوم عندي في حقهم كثير وما يلزمهم من المشقة في القضاء ليس بكثير ولم أرفيه نضا (فرع) وهذا اذا كان مشيه في الطريق فأما من ركب في التوجه الى عرفة وتصرف في المناسك راكبا ففي المدونة يلزمه أن يحج ثانية راكبا حتى يقضى سعيه ثم يتم حجه ماشيا ليقضى مشى ما فاتته مما كان ركبه ووجه ذلك ان هذا المشى وان كان يسيرا فانه لما كان في المناسك كان الرجوع له أو كدلائها أو كان الحج

(فصل) وقوله وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة وان لم يجد الا هي يحتمل أن يرجع ذلك الى الذي لا يستطيع المشى خاصة ويحتمل أن يرجع انية الى الذي هجز عن بعض المشى وهو الأظهر وقوله أو شاة وان لم يجد الا هي يقتضى انه يجب عليه اخراجها وان لم يجد غيرها وفي بعض النسخ أو شاة ان لم يجد الا هي ومعناه ان الشاة ان لم يجد بدنة ولا بقرة ص * سئل مالك عن الرجل يقول للرجل أنا أحلك الى بيت الله فقال مالك ان نوى أن يحمله على رقبته يريد بذلك المشقة وتعب نفسه فليس ذلك عليه ولم يش على رجليه وليهدوان لم يكن نوى شيئا فليخرج وليركب وليخرج بذلك الرجل معه وذلك انه قال أنا أحلك الى بيت الله فان أبي أن يحج معه فليس عليه شيء وقد قضى ما عليه * ش وهذا كما قال وذلك انه من قال لآخر أنا أحلك الى بيت الله يريد مكة ونوى أن يحمله على رقبته للبالة في المشقة على نفسه فانه ليس عليه حمله على عنقه ولا عليه أن يحج لانه لم يقصد ذلك وانما حمله على عنقه كقوله أنا أحلك هذا العمود وهذا الحجر وهذه الطنفسة وعليه أن يحج ماشيا لان قوله أنا أحلك يريد على عنقه يتضمن المشى لان من حمل ثقلانا يحمله ماشيا فلزمه المشى الى مكة لما كان قربة ولم يلزم حمله على عنقه لانه لا قربة فيه والنذر انما يتعلق بالتقرب دون غيرها وان كان الذي قال أنا أحلك الى مكة شيء خفيف لا مشقة في حمله راكبا فعليه الركوب الى مكة حاجا رواه ابن المواز * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي انه لما كان مما جرت العادة أن يحمله الراكب معه لم يتضمن حمله المشى فلم يلزمه المشى ولزمه الوصول الى مكة على وجه القربة بحسب ما تضمنه بينه والله أعلم

(فصل) وقوله وليهدير يدلا التزم من صفة المشى التي لا تلزمه وذلك على وجه الاستعباب والندب وقد قال ذلك ابن حبيب فبين نذر المشى الى مكة حافيا ان هديه على وجه الاستعباب والندب لا التزامه من ذلك ما لا يلزمه

(فصل) وقوله ان لم يكن نوى شيئا يريد انه لم يقيد بنية مما ذكرنا من اتعاب نفسه بحمله فليخرج ليحج بالرجل معه لان لفظة حمل الرجل الى مكة تقتضى ايصاله اليها فان لم تكن نية تعدل به عن القربة وجب أن يحمل على وجه القربة وهو تكلف مؤنة الرجل الى مكة في حج أو عمرة الا أن هذا موقوف على ارادة الرجل لان الحالف لا يملكه فان أراد الرجل الحج معه على الوجه الذي التزمه

* وسئل مالك عن الرجل يقول للرجل أنا أحلك الى بيت الله فقال مالك ان نوى أن يحمله على رقبته يريد بذلك المشقة وتعب نفسه فليس ذلك عليه ولم يش على رجليه وليهدوان لم يكن نوى شيئا فليخرج وليركب وليخرج بذلك الرجل معه وذلك أنه قال أنا أحلك الى بيت الله فان أبي أن يحج معه فليس عليه شيء وقد قضى ما عليه

وجب عليه الوفاء به وان أبى ذلك الرجل لم يلزمه هو شيء في احجاج الرجل ويلزمه هو الحج أو العمرة
قاله مالك وذلك لان قوله أنا أحل فلا يتقضى مضيهما فقد لزمه مضيه لنذره ومضى الرجل موقوف
على اختياره ومعنى قول مالك في الموطأ فان أبى أن يحج معه فليس عليه شيء يريد بسبب الرجل ولم
يرد أن الحج يسقط عنه ص **سئل مالك عن الرجل يحلف بنذور مسماة مشيا الى بيت الله أن
لا يكلم أخاه أو أباه بكذا وكذا نذر الشيء لا يقوى عليه ولو تكلف عمره
ما جعل على نفسه من ذلك ففيل له هل يجزيه من ذلك نذر واحد أو نذور مسماة فقال مالك ما أعلمه
يجزيه من ذلك إلا الوفاء بما جعل على نفسه فليس ما قدر عليه من الزمان وليتقرب الى الله بما استطاع
من الخير** **ش** وهذا كما قال ان من التزم من النذور في المشي الى مكة ما لا يستطيع عمره لأدائه مثل
أن ينذر ألف حجة أو يحلف بها فحنت فانه يلزمه ما التزمه من ذلك ولا يخرج عنه شيء إلا الوفاء به ولو
قدر عليه واتسع عمره له غير انه قد علم بجري العادة ان ذلك لا يكون فيلزمه أن يأتي منه بما اتسع
عمره له ويستغفر الله تعالى من التزمه ما لا يستطيع عليه ويتقرب اليه بما يمكنه من أعمال البر وقد
قال مالك في العتية في امرأة حلفت أن لا تكلم أباه بالمشي الى مكة سبع مرات قال تكلمه وتمشي
سبع مرات فان لم تطف حجت أو اعتمرت سبع مرات وتهدى في كل مرة

✽ العمل في المشي الى الكعبة ✽

ص **سئل مالك ان أحسن ما سمع من أهل العلم في الرجل يحلف بالمشي الى بيت الله أو المرأة
تحلف فيصنث أو تحنث انه ان مشى الحنث منهما في عمرة فانه يمشي حتى يسعى بين الصفا والمروة فاذا
سعى فقد فرغ وانه ان جعل على نفسه مشيا في الحج فانه يمشي حتى يأتي مكة ثم يمشي حتى يفرغ من
المناسك كلها ولا يزال ماشيا حتى يفيض** **✽ قال مالك ولا يكون مشي الا في حج أو عمرة** **✽ ش**
قوله في الرجل أو المرأة يحلف بالمشي الى بيت الله فيصنث أو تحنث الى آخر المسئلة يقتضي انها يمين
تلتزم ويحنث فيها بالخالفه فيجب بالحنث فيها ما التزمه من حج أو عمرة أو منهما لم يختلف في ذلك
أصحابنا وما يعزى الى قول ابن القاسم انه أفتى بالنذر بكفارة يمين لا يصح وقدينته في الاستيفاء وبهذا
قال جماعة من العلماء وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يلزم المشي الى مكة بالنذر وعليها أن تمشي الى
مكة وأما من حلف بها وحنث فعليه كفارة يمين والدليل على ما نقوله ان هذا معنى يلزم به العتق فلزم
به المشي الى مكة أصل ذلك النذر

(فصل) وقوله في الرجل يحلف بالمشي الى بيت الله أو المرأة الى آخر المسئلة يقتضي أن حكمهما
في ذلك واحد وان المرأة يلزمها ذلك كما يلزم الرجل وانما يسقط المشي عن من يسقط عنه منهما
لعجزه عنه فيسقط الى بدل وهو الهدى مع ما يطاق من المشي وفي المدونة عن مالك والمشى على
الرجال والنساء سواء وجه ذلك انه نذر يصح من كل واحد منهما فوجب أن يتساويا فيه كالصوم
والمصلاة

(فصل) وان مشى الحنث منهما في عمرة فانه يمشي حتى يسعى بين الصفا والمروة يريد ان من لزمه
المشي منهما سواء كان مشيه مقيدا بعمرة أو مطلقا فجعله في عمرة فان كمال مشيه بانقضاء السعي لانه
آخر عمل العمرة وان كان مشيه في حج اما لانه قيد نذره به أو كان مطلقا فجعله في حج فان آخر
مشيه الى انقضاء المناسك لان ذلك آخر عمل الحج فلا يسقط عنه وصوله الى مكة ماشيا المشي في

✽ العمل في المشي
الى الكعبة ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك
أن أحسن ما سمع من
أهل العلم في الرجل يحلف
بالمشي يحلف الى بيت الله
أو المرأة فيصنث أو تحنث
أنه ان مشى الخالف منهما
في عمرة فانه يمشي حتى يسعى
بين الصفا والمروة فاذا سعى
فقد فرغ وانه ان جعل
نفسه شيئا في الحج
يمشي حتى يأتي مكة
حتى يفرغ من المناسك
كلها ولا يزال ماشيا حتى
يفيض قال مالك ولا يكون
مشي الا في حج أو عمرة

المناسك الى عرفة وغيرها لان اللفظ وان تناول المشى الى مكة فان عرف المشى اليها بهذه القرية يحمل المشى اليها على ذلك ولو جاز أن يحمل على المشى الى مكة في المشى لان اللفظ لم يتناول غير ذلك لجاز أن يحمل على انه لا يجب حج ولا عمرة وانما يجب عليه الوصول الى مكة لان اللفظ لا يتناول غير ذلك وهذا باطل باتفاق ولهذا قال مالك يمشى حتى يأتي مكة ثم يمشى حتى يفرغ من المناسك لئلا يظن ظان ان وصوله الى مكة يسقط عنه المشى في المناسك وان قول القائل يمشى في المناسك انما ذلك للمراهق الذي أعجله خوف الفوات عن اتيان مكة فبدأ بها قبل اتيان مكة بقصد رفع الاشكال والله أعلم

(فصل) وقوله لا يزال ماشيا حتى يفيض بعد قوله ثم يمشى حتى يفرغ من المناسك وقد تقدم فيه من رواية ابن حبيب وقول ابن القاسم ما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ولا يكون مشى الا في حج أو عمرة يحمل تأويلين أحدهما ان من نذر مشيا الى غير مكة لا يترجمه ذلك لا الى المدينة ولا غيرها لانه ليس هناك حج ولا عمرة ويحتمل أن يريد ان الناذر للمشي الى مكة لا يخلو من ثلاثة أحوال أحدها أن يقصد بنذره النسك أو يطلق النية أو ينوي المشى خاصة دون النسك فان قيد نيته بالنسك أو أطلقها لزمه المشى والنسك لان ظاهر نذره القرية والقربة انما هي في النسك وأما ان قيد نذره بالمشى خاصة فلم أر فيه نصا

﴿ ما لا يجوز من النذور في معصية الله ﴾

ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس وثور بن زيد الديلي انهما أخبراه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما يزيد في الحديث على صاحبه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليستظل وليجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليستظل وليجلس وليتم صيامه ﴿ قال مالك ولم أسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بكفارة وقد أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله طاعة ويترك ما كان لله معصية ﴿ ش قوله رأى ان رجلا قائما في الشمس يريد والله أعلم انه رأى ملازما لذلك دون قعود مع التمكن من الاستظلال والقعود وخارجا فيه عن عادة الناس فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن سببه فاعلم انه نذر هذه المعاني من القيام للشمس والصيام والصمت وهذه المعاني منها ما يلزم بالنذر لكونه طاعة وهو الصوم ومنها ما لا يلزم لما لم يكن فيه طاعة كالقيام للشمس والصمت فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من يعلمه ما يلزمه من ذلك ليفي بنذره فيه ويعلمه بما لا يلزمه فيترك اتعاب نفسه فيه والزامها لياه (مسألة) وانما يلزمه المشى الى مكة لان فيه قربة لان المشى في الطواف والسعي قربة والمشى اليها لمن لا يقدر على الركوب قربة في جميع الطريق وقد قال جماعة من الفقهاء ان في حج الماشي من القربة ما ليس في حج الركب وأما الوقوف في الشمس فليس بقربة وأما ترك الاستظلال حال المشى للحرم فانهما هو قربة حال الاحرام كترك لبس الخيط وهو ترك التطيب والصيد فلذلك لم يلزم بالنذر الا ما يختص منه بالاحرام

(فصل) وقول مالك ولم أسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بكفارة يترك ما كان لله معصية في الكفارة عنه فيما تركه من نذره لما لم يجب عليه وانما ذهب مالك في ذلك الى انه لا كفارة عليه في ترك القيام في الشمس والصمت لما لم يجب عليه شيء من ذلك وقد قال فيمن نذر المشى الى المدينة أو بيت المقدس لا يمش ولا شيء عليه وكل من التزم شيئا لا يلزم مثله بالنذر لم يجب عليه بذل منه

﴿ ما لا يجوز من النذور

في معصية الله ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن حميد بن قيس وثور

ابن زيد الديلي انهما

أخبراه عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم وأحدهما

يزيد في الحديث على

صاحبه أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم رأى

رجلا قائما في الشمس

فقال ما بال هذا قالوا نذر أن

لا يتكلم ولا يستظل ولا

يجلس ويصوم فقال

رسول الله صلى الله عليه

وسلم مروه فليتكلم

وليستظل وليجلس وليتم

صيامه قال مالك ولم

أسمع أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم أمره بكفارة

يترك ما كان لله معصية

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن حميد بن قيس وثور

ابن زيد الديلي انهما

أخبراه عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم وأحدهما

يزيد في الحديث على

صاحبه أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم رأى

رجلا قائما في الشمس

(فصل) وقوله وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله فيه طاعة ويترك ما كان لله فيه معصية يريد بالطاعة الصوم وبالمعصية القيام الشمس والصمت ويحتمل أن تسميته معصية وإن كان مباحا في الأصل لوجهين أحدهما أنه إذا نذر كان معصية لأنه لا يحل أن ينذر ما ليس بقربة ولو فعل على وجه غير النذر والتقرب به لكان مباحا وإذا فعل على وجه النذر والقربة كان معصية والوجه الثاني أنه إذا بلغ به حد الاستضرار والتعب كان معصية سواء فعل بنذر أو بغير نذر (مسئلة) إذا نذر ذلك فالنذر على ثلاثة أضرب * أحدها أن ينذر ما هو لله طاعة والثاني أن ينذر ما هو مباح والثالث أن ينذر ما هو معصية في نفسه ولا يلزم من ذلك إلا القسم الواجد وهو أن ينذر ما هو لله طاعة مثل أن ينذر حجا أو صلاة أو صوما أو صدقة وأما المباح فمثل أن ينذر جلوسا في الدار أو مشيا في الطريق والمعصية أن ينذر شرب خمر أو زنا أو ظلم أحد في هذين الوجهين لا يلزمه شيء وقال أحمد بن حنبل في نذر المباح هو غير بين فعلا وبين كفارة يمين والدليل على ما نقوله أن ما لا قربة فيه لا يصح نذره لأن النذر يوجب فعل المندور فإذا كان المباح لا يصح أن يجب لم يصح تعلق النذر به كالمعصية (مسئلة) وأما نذر المعصية فلا يلزم به عندنا شيء وقال أبو حنيفة والثوري إن عليه مع تركها كفارة يمين والدليل على ما نقوله ما روى مالك عن طلحة بن عبد الملك عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه وهذا موضع تعليم فاتقضى أن ذلك يمنع موجه ومن جهة المعنى أن هذا نذر ما لا قربة فيه فلم يجب به شيء أصل ذلك إذا نذر الجلوس والوقوف ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه سمعه يقول أتت امرأة إلى عبد الله بن عباس فقالت اني نذرت أن أنحر ابني فقال ابن عباس لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك فقال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون في هذا كفارة فقال ابن عباس ان الله تعالى قال والذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم جعل فيهم من الكفارة ما قدر أبت * ش قول المرأة المستفتية اني نذرت أن أنحر بني تريد أنها أتت بذلك والتمت على وجه النذر والتقرب لله تعالى به فقال ابن عباس لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك فمنعها من النحر الذي علقته به النذر لأنه معصية لا يحل بنذر ولا غيره وقال لها كفري عن يمينك فسمها يمين الوجهين أحدهما لما كانت كفارة عند ابن عباس كفارة يمين سمها لذلك يميننا والثاني أنه لعلمه فهم منها أنها أتت بذلك على وجه اليمين مثل أن تقول ان دخلت الدار فقلت على أن أنحر ابني فعلى هذا يحتمل أن يريد بقوله كفري عن يمينك الهدى أو غيره مما يوجب عليها ذلك وقد قال مالك فيمن قال لابنه أو لأجنبي في يمين لله على أن أنحرك فحنت فانه على ضربين أحدهما أن يعلق ذلك مكان النحر مثل أن يقول أنحرك عند مقام إبراهيم أو عند البيت أو المسجد أو بني أو بمكة والثالث أن يذكر موضع النحر بشرع فيه النحر مثل أن يقول بالبصرة أو بالكوفة فاما الأول وهو أن يعلق نحره بموضع النحر فقد روى ابن حبيب عن مالك عليه الهدى ووجه ذلك أنه لما أخرجه مخرج النذور وعلق ذلك بموضع النذر علم أنه أراد به القربة ولهذا المعنى تعلق بالقربة على وجه البذل لما ورد في ذلك من فعل إبراهيم عليه السلام وما آل إليه حكمه في نحر ابنه صلى الله عليه وسلم فلزمه في ذلك الهدى لأن عرابته لا يحل فلا يتعلق به النذر وانما يتعلق النذر في ذلك بما ورد به الشرع من الهدى (مسئلة) وأما إذا لم يسم شيئا فلا يخلو أن يكون له نية أو لا يسمه فان كان نوى الهدى لزمه لما قدمناه وان لم ينو الهدى فعن مالك في ذلك روايتان * أحدهما لا شيء عليه والثانية عليه كفارة يمين وبها قال أصبغ وجه الرواية الأولى أنه نذر معصية لم يقرن

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه سمعه يقول أتت امرأة إلى عبد الله بن عباس فقالت اني نذرت أن أنحر ابني فقال ابن عباس لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك فقال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون في هذا كفارة فقال ابن عباس ان الله تعالى قال والذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم جعل فيهم من الكفارة ما قدر أبت رأيت

بها ما يصرفها الى المعصية فلم ينعد نذره كما لو نذر قتله ووجه الرواية الثانية ان هذا النذر له جهة من القرية فاذا لم يكن مفسرا كان كالنذر المهم فلزمه به كفارة يمين وقال القاضي أبو محمد من نذر ذبح ابنه في يمين أو على وجه القرية فعليه الهدى وان نذره نذرا مجردا لا يقصد به القرية فلا شيء عليه قال ووجه ذلك أنه انما أراد القرية فان له معهودا في الشرع وهو قصة ابراهيم صلى الله عليه وسلم في ذبح ابنه وفداءه الله بذبح عظيم واذا لم ينو قرية فقد نذر مجردا للمعصية وفرق أيضا في قوله بين اليمين والنذر فظاهر قوله أنه يوجب الهدى في اليمين على الاطلاق ولعله قصد في الفرق بينهما ما أن اليمين أكد لانه التزام معاقب بصفة وليس ذلك بالبين

(فصل) وقوله قال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون هذا كفارة استنفها ما لبيس له وجه وجوب الكفارة في يمين أو نذر قد قيد بفعل وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يكون ابن عباس قد أراد كفارة اليمين فقال له الشيخ كيف تجب كفارة اليمين في النذر بفعل معين ليس بيمين بالله ولا نذر مبهم فتجب فيه كفارة يمين والثاني أن يكون ابن عباس انما أوجب فيه كفارة ولم يعينها فقال له الشيخ كيف يجب في مثل هذا كفارة وانما نذرت معصية فقال ابن عباس ان الله تعالى قال والذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم جعل من الكفارة ما رأيت فيحتمل أن يريد به أن الكفارة قد تجب في نذر ويمين يتعلق بالمحذور على وجهها وذلك أن قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي محذور ولذلك قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور ثم قد أوجب في ذلك كفارة الظهار فكذلك التي علقتم يمينها بنحر ابنها أتت بمحذور من القول وتجب عليها في ذلك كفارة وتلك الكفارة اما هدى أو كفارة يمين أو ما شاء الله تعالى مما يمينه بعده هذا اذا سئل عنه ويحتمل أن يريد به أنه يجب عليه كفارة يمين وان كان قولها أن أنحر ابني ليس من باب النذور ولا من باب اليمين بالله تعالى كما تجب الكفارة على المظاهر وان لم يكن ما أتى به من باب النذر ولا اليمين بالله تعالى ص * مالك عن طلحة بن عبد الملك الايلي عن القاسم بن محمد بن الصديق عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه قال يحيى سمعت مالكا يقول معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يعصى الله فلا يعصه أن ينذر الرجل أن يمشي الى الشام أو الى مصر أو الى الربرة أو ما أشبه ذلك مما ليس لله بطاعة ان كلم فلانا أو ما أشبه ذلك فليس عليه في شيء من ذلك شيء ان هو كلمه أو حنت بما حلف عليه لانه ليس لله في هذه الاشياء طاعة وانما يوفى الله بماله فيه طاعة

* وحديثي عن مالك عن طلحة بن عبد الملك الايلي عن القاسم بن محمد بن الصديق عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه قال يحيى سمعت مالكا يقول معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يعصى الله فلا يعصه أن ينذر الرجل أن يمشي الى الشام أو الى مصر أو الى الربرة أو ما أشبه ذلك مما ليس لله بطاعة ان كلم فلانا أو ما أشبه ذلك فليس عليه في شيء من ذلك شيء ان هو كلمه أو حنت بما حلف عليه لانه ليس لله في هذه الاشياء طاعة وانما يوفى الله بماله فيه طاعة

الله عليه وسلم فهذا اذا علق مشيه بالمدينة لا يتعلق به النذر الا ان ينوى المسجد للصلاة ثم قال مالك لانه ليس في شيء من هذه الاشياء طاعة وانما يؤتى الله بما له فيه طاعة على حسب ما قدمناه من ان اليمين أو النذر اذا علقهما بمباح لم ينعقد شيء منهما

﴿ اللغو في اليمين ﴾

﴿ اللغو في اليمين ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها كانت تقول لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله قال مالك أحسن ما سمعت في هذا ان اللغو حلف الانسان على الشيء يستيقن انه كذلك ثم يوجد على غير ذلك فهو اللغو * ش قول عائشة ان لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله وروى لا والله وبلى والله فانه يحتمل وجوب أخذها ان لغو اليمين لا يكون الا في هذه اليمين وهي اليمين بالله تعالى وأما اليمين بغير ذلك مثل اليمين بالمشي الى مكة أو الطلاق أو العتق فانه لا لغو فيه وقد قال مالك ذلك في العتية وغيرها وقد قال مالك ان اليمين بغير الله محظور فلم يعف عن الخالف بها على وجه من الوجوه بل شدد عليه بالزامه ما التزم على أي وجه التزمه وأما اليمين بالله تعالى فباحة فلذلك دخلها التخفيف والعفو عن لغوها وكذلك كل يمين كفارتها كفارة اليمين كالنذر الذي لا يخرج له وما جرى مجرى ذلك (مسئلة) ويحتمل أن يريد به ان اللغو قول الرجل لا والله وبلى والله فيما يعتقد بحجته وان كان الأمر خلافه على حسب ما ذهب اليه مالك وقد قال بعض البغداديين وذكر قول مالك في لغو اليمين انه حلفه بالله تعالى على ما يعتقد صحته وان كان الأمر على غير ما حلف به ثم قال وقول عائشة هو قول الرجل لا والله وبلى والله هو في معناه لانها لا تعني تعد الكذب (مسئلة) ويحتمل وجهها ثالثا وهو ان تريد ما يجري في تراجع الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير اعتقاد يمين ولا قصد اليه والى هذا ذهب أبو بكر الأبهري ووجهه انها أيمان جارية على اللسان من غير اعتقاد ولا قصد الى عقد اليمين ويحتمل عندي أن يكون من لغو اليمين ما قاله مالك وما قاله أبو بكر والله أعلم ص * قال مالك وعقد اليمين أن يحلف الرجل أن لا يبيع ثوبه بعشرة دنانير ثم يبيعه بذلك أو يحلف ليضرب بن غلامه ثم لا يضربه ونحو هذا الذي يكفر صاحبه عن يمينه وليس في اللغو كفاية * قال مالك فأما الذي يحلف على الشيء وهو يعلم أنه آثم ويحلف على الكذب وهو يعلم الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا أو ليعتذر به الى معذرة اليه أو ليقطع به ما لا فائدة أعظم من أن يكون فيه كفارة * ش وهذا كما قال ان عقد اليمين التي تكفر أن يحلف ليفعل ثم لا يفعل أو يحلف لا أفعل ثم يفعل فهذان اليمينان انما يتناولان المستقبل وذلك أن الايمان على ضربين يمين على مستقبل ويمين على ماض فأما اليمين على المستقبل وهو ما تقدم ذكره فلا يدخلها في قول مالك لغو ولا غموس وانما يدخلها البر فلا تجب كفارة أو الحنث فتجب فيه الكفارة وهو ينقسم قسمين أحدهما يقتضي المنع مثل قوله والله لا لبست الثوب ولا أكلت هذا الخبز فهذا ان أطلق الفعل ولم يعلق بوقت ولا مكان ولا صفة منعت اليمين ذلك الفعل على التأيد فتفي فعله حنث ولزمته الكفارة وان قيد بالفعل بوقت مثل قوله والله لا لبست هذا الثوب غدا أو لا لبسته يوم الجمعة أو لا لبسته بمكة أو لا لبسته راكبا تعلق المنع بذلك الوقت أو بذلك المكان أو بتلك الصفة فان فعله على شيء من ذلك جنب وان فعله في غير ذلك الوقت أو في غير ذلك المكان أو على غير تلك الصفة لم يحنث لان يمينه لم يتناول ذلك ولا صفتها (مسئلة) وأما ان كانت اليمين على اتيان بالفعل فهذه اليمين قد أوجب عليه الاتيان بالفعل

ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها كانت تقول لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله قال مالك أحسن ما سمعت في هذا ان اللغو حلف الانسان على الشيء يستيقن انه كذلك ثم يوجد على غير ذلك فهو اللغو * ش قول عائشة ان لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله وروى لا والله وبلى والله فانه يحتمل وجوب أخذها ان لغو اليمين لا يكون الا في هذه اليمين وهي اليمين بالله تعالى وأما اليمين بغير ذلك مثل اليمين بالمشي الى مكة أو الطلاق أو العتق فانه لا لغو فيه وقد قال مالك ذلك في العتية وغيرها وقد قال مالك ان اليمين بغير الله محظور فلم يعف عن الخالف بها على وجه من الوجوه بل شدد عليه بالزامه ما التزم على أي وجه التزمه وأما اليمين بالله تعالى فباحة فلذلك دخلها التخفيف والعفو عن لغوها وكذلك كل يمين كفارتها كفارة اليمين كالنذر الذي لا يخرج له وما جرى مجرى ذلك (مسئلة) ويحتمل أن يريد به ان اللغو قول الرجل لا والله وبلى والله فيما يعتقد بحجته وان كان الأمر خلافه على حسب ما ذهب اليه مالك وقد قال بعض البغداديين وذكر قول مالك في لغو اليمين انه حلفه بالله تعالى على ما يعتقد صحته وان كان الأمر على غير ما حلف به ثم قال وقول عائشة هو قول الرجل لا والله وبلى والله هو في معناه لانها لا تعني تعد الكذب (مسئلة) ويحتمل وجهها ثالثا وهو ان تريد ما يجري في تراجع الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير اعتقاد يمين ولا قصد اليه والى هذا ذهب أبو بكر الأبهري ووجهه انها أيمان جارية على اللسان من غير اعتقاد ولا قصد الى عقد اليمين ويحتمل عندي أن يكون من لغو اليمين ما قاله مالك وما قاله أبو بكر والله أعلم ص * قال مالك وعقد اليمين أن يحلف الرجل أن لا يبيع ثوبه بعشرة دنانير ثم يبيعه بذلك أو يحلف ليضرب بن غلامه ثم لا يضربه ونحو هذا الذي يكفر صاحبه عن يمينه وليس في اللغو كفاية * قال مالك فأما الذي يحلف على الشيء وهو يعلم أنه آثم ويحلف على الكذب وهو يعلم الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا أو ليعتذر به الى معذرة اليه أو ليقطع به ما لا فائدة أعظم من أن يكون فيه كفارة * ش وهذا كما قال ان عقد اليمين التي تكفر أن يحلف ليفعل ثم لا يفعل أو يحلف لا أفعل ثم يفعل فهذان اليمينان انما يتناولان المستقبل وذلك أن الايمان على ضربين يمين على مستقبل ويمين على ماض فأما اليمين على المستقبل وهو ما تقدم ذكره فلا يدخلها في قول مالك لغو ولا غموس وانما يدخلها البر فلا تجب كفارة أو الحنث فتجب فيه الكفارة وهو ينقسم قسمين أحدهما يقتضي المنع مثل قوله والله لا لبست الثوب ولا أكلت هذا الخبز فهذا ان أطلق الفعل ولم يعلق بوقت ولا مكان ولا صفة منعت اليمين ذلك الفعل على التأيد فتفي فعله حنث ولزمته الكفارة وان قيد بالفعل بوقت مثل قوله والله لا لبست هذا الثوب غدا أو لا لبسته يوم الجمعة أو لا لبسته بمكة أو لا لبسته راكبا تعلق المنع بذلك الوقت أو بذلك المكان أو بتلك الصفة فان فعله على شيء من ذلك جنب وان فعله في غير ذلك الوقت أو في غير ذلك المكان أو على غير تلك الصفة لم يحنث لان يمينه لم يتناول ذلك ولا صفتها (مسئلة) وأما ان كانت اليمين على اتيان بالفعل فهذه اليمين قد أوجب عليه الاتيان بالفعل

أو الكفارة فإن علق يمينه على زمان يفعل فيه أو مكان أو صفة يفعل ذلك الفعل عليها لم يبرأ إلا بفعله في تلك المدة أو في ذلك المكان أو على تلك الصفة فإن فات شيء من ذلك وكان مما يقوت مثل أن يحلف ليفعلن ذلك في شهر معين فينقضى أو على بناء معين فينهدم ويذهب أو على صفة مثل أن يحلف ليفعلن ذلك ما شيا فيتعذر عليه ذلك بعدز يعلم أنه لا يقدر عليه بقية عمره وقع الحنث بفوات ذلك وإن أطلق يمينه لم يحنث بموته لأن الفعل المحلوف عليه على الإطلاق ليس على الفور ولا يتعلق بزمان دون زمان فإن فعله في بقية من عمره لم يحنث وإن مات قبل أن يفعل فات بموته الفعل كما لو علقه على زمان معين ففات قبل الفعل

(فصل) وقوله فهذا الذي يكفر صاحبه بيمينه وليس في اللغو كفارة يريدان اليمين على المستقبل أهى التي تدخلها الكفارة لتعلمها أو لترفع ما نها وأما لغوا اليمين فلا كفارة فيها لأنها على مذهب مالك متعلقة بالماضي وهو مثل أن يحلف في رجل مقبل أنه يزيد وهو يعتقد ذلك فيه لا شك عنده فإذا قرب منه تبين له أنه غير ذلك فهذا عند لغوا اليمين ولا كفارة فيه ووجه ذلك أنها ليست بيمين تنعقد ليفعل أوليترك وإنما هي يمين تصديق قوله وتأكيدهما أخبر به فلا يبقى لها بعد تمام التلفظ بها حكم لأنها لا تمنع من فعل قبيح ذلك الكفارة ولا يمنع فعلا قبيح تركه الكفارة

(فصل) وقوله فأما الذي يحلف على الشيء وهو يعلم أنه آثم أو يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا فهو أعظم من أن يكون فيه كفارة فإن هذه اليمين أيضا ليست من جنس ما يتعلق به الكفارة لأنها يمين على ماض ويمين الماض لا تخالو من ثلاثة أحوال لا يجب بشئ منها كفارة أحدها أن يحلف على شيء أنه قد كان كذا أو ما كان كذا وهو يعتقد صحة ما حلف عليه فيكون الأمر على خلاف ما حلف عليه فهذه لغوا اليمين عند مالك ولا كفارة عليه ولا آثم (١) والثالث أن يحلف على ذلك ولا يعتقد أن الأمر على ما حلف عليه أما لأنه يعلم ضد ما حلف عليه أو لأنه يشك في ذلك فهذه اليمين الغموس سميت بذلك لأنها غمست صاحبها في الآثم ولا كفارة لها لكونها متعلقة بالماضي وإنما قال أنها أعظم من أن تكون فيها كفارة لأنها انعقدت على الآثم والتي تكفر لم تنعقد على آثم وإنما انعقدت على الجواز وإنما تجب عليه الكفارة بالحنث وقال الشافعي تجب به الكفارة والدليل على صحة ما نقوله أن هذه يمين لا تعلق للاستثناء بها فلا تعلق للكفارة بها أصل ذلك يمين اللغو

(فصل) وقوله والذي يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا أو يعتذر به إلى معتذر إليه أو ليقطع بها ما لا فهذا أعظم من أن تكون فيه كفارة يريدان هذه كلها من الأيمان الغموس لأنها انعقدت على آثم وكذب وهذا إذا اعتقد في نفسه مثل ما يظهر من حلفه فاما أن قصد الالغاز بيمينه فقد قال مالك فا كان من ذلك على وجه المكر والخديعة ليغربه من حق عليه فهو فيه آثم ولا يكفر وما كان من ذلك على وجه العذر أو الاستحياء من أخيك لما بلغه عنك فلا بأس به حكى ذلك عنه ابن حبيب فسوى مالك في هذا القول بين العذر وبين المكر والخديعة لقطع حق غيره وقال إن الآثم فيها وقال ابن حبيب ما كان من هذا في مكر أو خديعة ففيه الآثم والنية نية الخالف وما كان في حق عليك فالنية نية الذي حلفك ورواه عن مالك فيجى على هذه الرواية أن الآثم الذي في موضع المكر والخديعة لا يبلغ اليمين إلى الغموس لأنه ليس بخائب ولا خالف على باطل وإنما هو آثم في المكر بأخيه وتطبيب نفسه بيمينه ليتمكن من المكر به والخديعة له وإن الآثم في قطع الحق لما كانت على نية من حلفك بلغت اليمين إلى الحنث والغموس

(١) بقى عليه الثاني لم يذكره فليست

﴿ ما لا تجب فيه الكفارة من اليمين ﴾

ص ﴿ ما لا تجب فيه الكفارة من اليمين ﴾ نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول من قال والله ثم قال ان شاء الله ثم لم يعمل الذي حلف عليه لم يحنث ﴿ ش قوله من قال والله يتضمّن ان اليمين يتعلّق بالقول فمن نطق باليمين على وجه ينعقد به اليمين لزومه متضمّن ما وهل ينعقد بالنية دون القول فقد قال القاضي أبو محمد ان متأخري أصحابنا اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يصح ومنهم من قال لا يصح بناء على صحة الطلاق بالقلب فان قلنا لا يصح فلا فرق وان قلنا يصح فالفرق بينه وبين الاستثناء أن اليمين التزام وإيجاب والاستثناء رفع وحل للوجوب ومطابقه للزام أبلغ مما طريقه الإباحة والتحليل فجاز أن ينعقد اليمين بالقلب وان لم ينعقد الاستثناء إلا باللفظ (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لفظ اليمين والله وبالله وتالله هذا اللفظ أكثر ما يستعمل ويجوز ذلك في جميع أسماء الله تعالى فتقول والسميع العليم والقدير والبصير أو يحلف بصفة من صفات الله كقولك وقدره الله وعزّة الله وأمانته الله أو عليك عهد الله وميثاقه وذمته وكفالاته فهذه كلها حكمها حكم الإيمان بالله في إباحة الحلف بها غير الأمانة وفي الزوم والاستثناء والكفارة هذا المشهور من المذهب وقد روى أشهب من حلف بأمانة الله التي هي صفة من صفاته فهي يمين فان حلف بأمانة الله التي بين العباد فلا شيء عليه وكذلك قال في عزّة الله التي هي صفة ذاته وأما العزّة التي خلقها في خلقه فلا شيء عليه وكذلك قال ابن سحنون في معنى قول الله تعالى سبحانه ربك رب العزّة عما يصفون انها العزّة التي هي غير صفته التي خلقها في خلقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمين حلف بالعزّة والعظمة والجلال فهو كقوله وعزّة الله وعظمته وجلاله انما هو حلف بالله تعالى لان ذلك لله تعالى (مسئلة) ومن حلف بصفات الله فحنث فعليه كفارة يمين وكذلك من حلف بالقرآن أو بالمصحف وروى علي بن زياد في العتبية عن مالك فيمين حلف بالمصحف أن لا كفارة عليه قال الشيخ أبو محمد وهي رواية منكورة والمعروف عن مالك غير هذا وان صححت فانها محمولة على أنه أراد الحالف بذلك جسم المصحف دون المكتوب فيه وروى عنه ابن المواز قال يمينه بالمصحف أو بالكتاب أو بما أنزل الله يمين وفيها كفارة اليمين وقال ابن حبيب عن مالك من حلف بالمصحف وبالقرآن أو بسورة منه أو بآية منه زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أو بالكتاب وان لم يصف شيئاً من ذلك الى الله تعالى فكفارته كفارة اليمين ووجه ذلك أن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته فحقى على اليمين عليها فهي لازمة كالحلف بالله تعالى (مسئلة) ومن حلف بالتوراة والانجيل فقد قال سحنون عليه كفارة واحدة ان حنث ومعنى ذلك والله أعلم انها كتب منزلة من عند الله فلذلك تعلّق بها حكم اليمين بالله (مسئلة) ومن قال أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فلا خلاف انها إيمان فأما ان قال أقسم لأفعلن أو لأفعلن أو أحلف أو أشهد ولم يقل بالله فان أراد بذلك أقسم بالله فهي يمين خلافاً لبعض أقوال الشافعي والدليل على ما نقوله أنه لفظ يستعمل في اليمين فعلى به حكم اليمين بالنية دون التلفظ باسم الله أصل ذلك اذا قال احلف ويدل على استعمال هذا اللفظ فيما قلناه قوله تعالى وأقسموا بالله جهد أيمانهم وقوله تعالى اذا قسموا ليصر منها مصبحين (مسئلة) فان لم يردّها أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فليست بيمين خلافاً لأبي حنيفة في قوله انها يمين والدليل على ما نقوله ان الحلف قد يكون بغير اسم الله تعالى فاذا تعرّبت اليمين عن اسم الله تعالى وصفاته نية ولفظاً أي عرفاً فلا كفارة فيها كقولهم أشهد بالسما والنجوم

﴿ ما لا تجب فيه الكفارة

من اليمين ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن نافع عن عبد الله بن

عمر أنه كان يقول من قال

والله ثم قال ان شاء الله ثم

لم يفعل الذي حلف عليه

لم يحنث

والقمر والكعبة وما أشبه ذلك (مسئلة) ومن قال أعزم بالله عليك فليست بيمين وإنما هي رغبة
وتأكيد مسئلة ووجه ذلك أن هذا لفظ لا يستعمل في اليمين وإنما يستعمل في التأكيد فلم يكن
يميناً كقوله أسألك بالله

(فصل) وقوله ثم قال إن شاء الله يريد من كانت يمينه بالله فإن الاستثناء يحلها ويمنع وقوع الحنث
بمخالفتها والاصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن سليمان عليه السلام قال لأطوفن
الليلة بمائة امرأة تلد كل امرأة غلاماً يقاتل في سبيل الله فقال له الملك قل إن شاء الله فلم يقل ونسي
فطاف بهم فلم تلد منهم إلا امرأة نصف إنسان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قال إن شاء الله
لم يحنث وكان أرجى لحاجته (مسئلة) وخص بذلك اليمين بالله تعالى لأن الاستثناء لا يؤثر في غيرها
سواء كانت اليمين بطلاق أو عتق أو مشى إلى مكة أو غير ذلك وكذلك التزام شيء من ذلك أو إيقاعه
لا يؤثر فيه الاستثناء مثل أن يقول لا أمر أنه أنت طالق إن شاء الله أو يقول لعبد أنت حر إن شاء الله
أو يقول على المشى إلى مكة إن شاء الله فهذا يلزمه جميع ما أوقع من ذلك ولا ينفعه الاستثناء وقال
الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك فإن الاستثناء يحل اليمين بذلك كله والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى
الطلاق مرتان فامسك بعمرو أو تسريحاً بحسان ولم يفرق بين أن يستثنى أو لا يستثنى فيعمل على
عمومه ودليلنا من جهة المعنى أن الاستثناء اختصاص باليمين بالله تعالى لأنها يمين مشروعة مباحة
فجعل لمن حلف بها مخرجاً منها بالاستثناء كما جعل له مخرجاً بالكفارة قال الله تعالى ومن يتق الله يجعل
له مخرجاً واليمين بالطلاق ممنوع فلم يجعل له مخرجاً بالاستثناء كما لم يجعل مخرجاً بالكفارة وتحرير هذا
أن الاستثناء معنى يحل اليمين بالله فلم يكن له مدخل في حل اليمين بالطلاق كالكفارة (مسئلة)
وهذا إذا كان الطلاق مطلقاً غير معلق بصفة فأما إذا علق بصفة فقال إن دخلت الدار فأنت طالق إن
شاء الله فقد قال مالك إن الطلاق يلزمه ولا ينفعه الاستثناء وقال عبد الملك بن الماجشون إن رد
الاستثناء إلى الفعل الذي حلف أن لا يفعله أثر الاستثناء في يمينه وإن رده إلى الطلاق لم يؤثر في يمينه
وجه قول مالك أن هذه يمين بطلاق فلم يؤثر الاستثناء فيها أصلها إذا كانت غير معلقة بصفة ووجه
قول عبد الملك بن الماجشون أن الاستثناء انما يرجع إلى الفعل ولم يرد به حل اليمين وإنما يريد بان شاء
الله وقوع الفعل

(فصل) وقوله ثم قال إن شاء الله ثم لم يفعل الذي حلف عليه لم يحنث يحتمل أن يريد به أنه قال إن
شاء الله على معنى حل يمينه وأما أن قال ذلك سهواً بمعنى إن شاء الله أن يكون كان أو امتثالاً
لقوله تعالى ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله قال القاضي أبو محمد أوتبركا أو
تأكيدا أو سبق بذلك لسانه أو قصد التلفظ به ولم يقصد به شيئاً فإنه لا يجعل شيء من ذلك يمينه ومتى حنث
فيما حلف عليه وجبت عليه الكفارة ويدروى أشهب عن مالك في العتبية أنه قال وكذلك من قالها
بهجاء وذكره قول عمر من قال إن شاء الله فقد استثنى فقال إنما ذلك إذا نوى به الاستثناء يريد حل
اليمين ص قال مالك أحسن ما سمعت في الثنيا أنها لصاحبها ما لم يقطع كلامه وما كان من ذلك
نسقا يتبع بعضه بعضاً قبل أن يسكت فإذا سكت وقطع كلامه فلا نية له ش قوله إن أحسن ما
سمعت في الثنيا أنها لصاحبها ما لم يقطع كلامه يقتضي أنه قد سمع غير ذلك وهو ما روى عن الحسن
وطاوس أن للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وما روى عن ابن عباس أنه كان يرى له الاستثناء
متى ما ذكر وتناول قول الله تعالى وإذا كثر ربك إذا نسيت وهذا قد قال شيوخنا أنه لا يثبت عن ابن

قال مالك أحسن ما
سمعت في الثنيا أنها
لصاحبها ما لم يقطع كلامه
وما كان من ذلك نسقا
يتبع بعضه بعضاً قبل أن
يسكت فإذا سكت وقطع
كلامه فلا نية له

عباس فان ابن عباس من أهل اللسان ولا يخفى عليه انه ليس من لغة العرب أن يذكروا الإنسان لفظاً ثم يظهر الاستثناء منه بعد عام وقوله تعالى واذ كرر بك اذا نسيت ليس من الاستثناء في اليمين وإنما أمر الله تبارك وتعالى نبيه صلى الله عليه وسلم أن لا يقول في شيء انه يفعله غداً حتى يقول ان شاء الله وان كان قوله عارياً عن اليمين ثم أمره بما يفعله اذا نسي ذلك عند قوله فقال تعالى واذ كرر بك اذا نسيت وهذا اللفظ يحتمل أن يريد به ذكر الله تعالى بالاستغفار أو بغير ذلك من وجوه الاذكار ويحتمل أن يريد بذلك أن يقول ان شاء الله تعالى متى ما ذكر بمعنى ان ما يشاء الله أن يكون كان لا على معنى الاستثناء فان الاستثناء لا يكون الا متصلاً بالمستثنى منه في لغة العرب ولو صححت هذه الرواية عن ابن عباس لكان معناها أن يذكروا الله متى ما ذكر بأن ما شاء كان أو بغير ذلك من الاذعان على معنى الذكروا الاستدراك ما فات منه لا على معنى حال اليمين

(فصل) وقوله ما لم يقطع كلامه يريد ان قطع الكلام يمنع الاستثناء وإنما يكون الاستثناء اذا كان متصلاً بالكلام ولا يقطع ذلك انقطاع النفس قاله ابن المواز وقال القاضي أبو محمد أو سعال أو تناوب أو ما أشبه ذلك لان قطع النفس للكلام ليس بما يقتضي تمام الكلام وإنما يقتضي تمام تركه من غير معنى غالباً فيكون الرجوع اليه بعد الرضا بان عقاد ما تقدم منه وتماه فاما اذا وصله بكلامه فلم يرض بان عقاد ما تقدم منه الا بما وصله من الاستثناء ولان الاستثناء لما لم يجز افراده بالنطق لانه لا يفيد شيئاً لم يجز أن يتراخى عما يتعلق به كالشرط وخبر الابتداء (مسئلة) ولا يكون الاستثناء الانطفاً فان نواه من غير نطق لم ينعقد رواه ابن القاسم عن مالك قال القاضي أبو محمد كال كفارة ولو نوى ان عبده حر عن الكفارة لم يجزه الا أن يتلفظ به وكذلك الاستثناء

(فصل) وهذا في الاستثناء بالله تعالى بمعنى حل اليمين لانعلم فيه خلافاً بين أصحابنا فأما الاستثناء على غير هذا الوجه فقد اختلف أصحابنا في مسائل منه وذلك الاستثناء لاخراج بعض الجملة قال ابن المواز ألفاظ الاستثناء ثلاث لفظة ان كلفه ليهضربن فلانا ان شاء فلان ولفظة الا أن كلفه ليسافر الا أن يشاء فلان فهذان اللفظان لا تجزى النية فيهما دون اللفظ وأما لفظة الا وهى مثل أن يحلف لا يكلم قرشياً الا فلان وما آكل اليوم طعاماً الا لحماً فقد اختلف فيه فقيل يجزئ فيه النية كما يجزى الحالف بالحلل عليه حرام محاشاة امرأته بنيتها دون نطق والفرق بين الاولين إن والا أن أن اليمين مع الاستثناء بان أو بالا أن مستفركة لا عيان ما يتناوله اللفظ وإنما يؤثر الاستثناء في بعض الصفات الأحوال واليمين مع الاستثناء بالاليمين على استغراق ما يتناوله لفظ اليمين بل قد ثبت على اخراج بعض ما تناوله فجرى ذلك عند من قال بذلك مجرى التخصيص اذا لم يتعلق بذلك حق يطالب به مثل أن يكون يمينه بطلاق في المجموعة عن ابن القاسم انه يصدق في الفتوى دون القضاء يريد ان قامت بذلك بينة حكم عليه بالطلاق ولم يصدق فيما يدعيه فوجه القول بأن النية لا تنفعه في الاستثناء بالا أن ان هذا استثناء يحل اليمين المنعقدة فلم تجز فيه النية دون النطق بالاستثناء بعيشة الله تعالى ووجه القول الثاني ما قدمنا ذكره وما قاسه عليه من المحاشاة في الحلل عليه حرام وذلك أن المشهور من المذهب ان قوله في ذلك مقبول وقد روى أصبغ عن أشهب ان اليمين تلزمه ولا ينفعه ما ادعاه من المحاشاة فوقع الاختلاف في الأصل كما وقع في الفرع والفرق بين المسئلتين في الحكم ثابت لان من جوز له المحاشاة في الحلل عليه حرام قبل قوله في ذلك وان قامت عليه بينة ولم يقبل قوله في الاستثناء بالا والفرق بينهما ان ما يحلف به لا يقتضي الاستيعاب فان أصل الايمان والمباح منها اليمين

بأنه تعالى وذلك مبنى على التخصيص ولذلك لو قال الخالف الطلاق على أن فعلت كذا لجاز أن يقول أردت به واحدة وذلك خلاف الاستيعاب والمحلوف عليه يقتضي الاستيعاب لانه اذا قال لا كلمت رجلا حل على استيعابه وعمومه فدا على قول ابن القاسم وقد سوى بينهما فحمل المحلوف به والمحلوف عليه على الاستيعاب وفرق بينهما في اليمين بالطلاق والعرف والعادة (فرع) ومن ذلك أن يحلف أن لا يخبر بخبر الا فلانا وينوى في نفسه وفلانا قال ابن المواز تنفعه نيته الا أن يكون على يمينه بالطلاق بنيته ووجه ذلك ان الاستثناء بالنطق لما دخل اليمين وعمل باللفظ العام عن ظاهره جاز أن يضاق اليه استثناء آخر بالنية فيما الحكم فيه مصروف اليه وما حكم عليه به يقبل منه انه نوى لان لفظ يمينه ظاهر ثابت بالنية وما يدعيه من الاستثناء بالنية غير معلوم (فرع) ومن ذلك أن يحلف لا كلمت فلانا ونوى شهرا روى أشهب عن مالك أن ذلك ينفعه في الفتيادون القضاء وقال ابن القاسم وجه ذلك أن ظاهر لفظه يقتضي العموم ونية التخصيص فحمل عليها فيما بينه وبين الله تعالى وأما الحكم فلا يقبل منه انه نوى لان يمينه قد ثبتت ونيته غير ثابتة

(فصل) فإذا قلنا في الاستثناء بالله تعالى أو بغير ذلك لا تجزئه النية دون اللفظ فقير وي ابن حبيب عن أصبغ وغيره وإن كان الخالف غير مستحلف أجزأه أن يحرك شفثيه وإن لم يجهر به وإن كان مستحلفا لم يجزه الا أن يجهر به وقاله ابن المواز فيما كان من الايمان بوثيقة حق أو شرط في نكاح أو عقد بيع أو ما يستحلفه أحد عليه لا تجزئه حركة اللسان حتى يظهره ويسمع منه (مسألة) قد تقدم من القول أن الاستثناء لا يكون الانطفا ولا بد أن يقصد به حل اليمين فيجب أن يبين موضع القصد الى ذلك فالذي عليه جمهور أصحابنا وهو قول مالك أنه اذا كان نطقه بالاستثناء متصلا بيمينه وينوى ذلك مع أول استثناءه أجزأه ذلك وإن لم ينو الاستثناء قبل الفراغ من اليمين وقال ابن المواز وإن لم ينو ذلك قبل أن ينطق بآخر حرف من يمينه بطل استثناءه وهو في قوله والله لا دخلت الدار فإن لم ينو الاستثناء قبل النطق بالراء من الدار لم يجزه وجه قول مالك أن لفظ الاستثناء لما لم يشترط تقديمه على آخر حرف من اليمين لم يشترط ذلك في النية لان مجرد النية لا يؤثر ولو أثر مجرد النية دخل اليمين لاستغنى عن لفظه وهذا باطل باتفاق ووجه القول الثاني ان اليمين قد انعقدت بكال النطق بها فلم يؤثر فيها الاستثناء كالوفصل بينهما ما السكوت قال القاضي أبو محمد والأول أصح ص قال مالك في الرجل يقول كفر بالله أو أشرك بالله ثم يحنت انه ليس عليه كفارة وليس بكافر ولا مشرك حتى يكون قلبه مضمرا على الشرك والكفر وليستغفر الله ولا يعد الى شيء من ذلك وبئس ما صنع ^ش وهذا كما قال مالك ان من قال مثل ما قاله من انه كفر بالله ان قال كذا أو هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو عليه غضب الله أو انه بريء من الاسلام ثم خالف ما عليه فانه لا يلزمه بذلك شرك ولا خروج عن دين الاسلام هل هو على اسلامه وانما يكون كافرا من اعتقد الكفر وأما من كرهه أو أبغضه أو اعتقد خلافه فلا يكون كافرا ولكنه آثم في يمينه تلك فليستغفر الله ولا يعد الى الحلف بها ولا يلزمه بيمينه تلك شيء خالفها أو وافقها وقال أبو حنيفة والثوري من قال هو يهودي أو نصراني أو كفر بالله أو أشرك بالله أو برئت من الاسلام فهي يمين وعليه الكفارة ان حنت والدليل على ما نقوله ما روى الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف باللات والعزى فليقل لا إله الا الله ومن قال تعال أقامرك فليصدق فوجه الدليل انه صلى الله عليه وسلم أوجب عليه تكفير حلفه باللات والعزى وهو من جهة القياس ان هذه يمين مفسرة عربيت

قال يحيى وقال مالك في الرجل يقول كفر بالله أو أشرك بالله ثم يحنت انه ليس عليه كفارة وليس بكافر ولا مشرك حتى يكون قلبه مضمرا على الشرك والكفر وليستغفر الله ولا يعد الى شيء من ذلك وبئس ما صنع

عن اسم الله تعالى وصفاته نطقاً ونية وعرفاً لم يجب بها كفارة يمين أصله إذا قال ان فعلت كذا فعليه القيام أو القعود أو النوم وأما ما روى ثابت بن الضحاك عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بجملة غير الاسلام كاذباً فهو كما يقال فانه لا حجة فيه للخالف لانه ان كان أراد به كما قال من الكفر فان المخالف لا يقول به وان كان أراد به كما قال من انه يلزمه ما حلف عليه فانه ليس فيه للخالف حجة لانه ليس فيه ذكر كفارة يمين ومن عهدهوداً أو وعدة يلزمه أن يفي بذلك وان لم يلزمه يمين ووجه آخر وهو ان في الحديث ما يدل على انه انما هو الحلف على الماضي لانه هو الذي ينطلق عليه اسم الكذب وأما من حلف على أن يفعل فلا يوصف بالكذب ومعنى الحديث والله أعلم ان من حلف بذلك انه لم يفعل في الماضي فعلاً أو لم يقل قولاً وهو كاذب في ذلك فانه قد فعل ما حلف انه لم يفعله وقال ما حلف انه لم يقله

﴿ ما تجب فيه الكفارة من الايمان ﴾

ص * مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف بيمين فرأى غير ما خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير * ش قوله صلى الله عليه وسلم من حلف بيمين فرأى غير ما خيرا منها يريد والله أعلم من حلف أن لا يفعل شيئاً ثم رأى ان فعله أفضل في الدين أو أنفع في الدين فان له أن يكفر عن يمينه ويفعل الذي هو خير وكذلك ان اختار فعل ذلك ومالت اليه نفسه من غير اثم فان له أن يفعله ويكفر عن يمينه لان الكفارة تحل اليمين كما يحلها الاستثناء فيصير من كفر عن يمينه بمنزلة من لم يحلف وقدم في هذا الحديث الكفارة على الحنث بفعل ما حلف أن لا يفعله وقدم هذا الحديث أيضاً بتقديم الحنث وهو قوله فليفعل الذي هو خير وليكفر عن يمينه على ان التقديم في هذا والتأخير لا يقتضي تقديم الحنث ولا تقديم الكفارة لان الواو لا تقتضي رتبة ولا خلاف أن تأخير الكفارة جائز وقد استحب مالك أن تكون الكفارة بعد الحنث فان قدمها قبل الحنث فهل يجزئ أم لا عنه في ذلك روايتان (فرع) فاذا قلنا انه تجوز الكفارة قبل الحنث فيصح عندي أن يكفر بكل ما يكفر به من صوم أو غيره وقال الشافعي لا يصح أن يكفر بالصوم قبل الحنث وانما يصح ذلك بالعتق أو الاطعام ووجه ذلك ان كل وقت صح أن يكفر فيه بالعتق فانه يصح أن يكفر فيه بالصوم أصل ذلك ما بعد الحنث ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول من قال على نذر ولم يسم شيئاً ان عليه كفارة يمين قال مالك فاما التوكيد فهو حلف الانسان في الشيء الواحد مراراً يردد فيه الايمان يميناً بعد يمين كقوله والله لا أنقصه من كذا وكذا يحلف بذلك مراراً ثلاثاً أو أكثر من ذلك قال فكفارة ذلك كفارة واحدة مثل كفارة اليمين * ش قد تقدم الكلام في النذر المطلق وان حكمه حكم اليمين بالله تعالى في الكفارة وكذلك سائر ما يتعلق به من الأحكام في الاستثناء وغيره وأما قوله في تأكيد اليمين مثل أن يحلف في الشيء الواحد مراراً فان ذلك ليس عليه فيه الا كفارة واحدة سواء كان ذلك في مجلس أو مجالس (مسألة) ولو قال والله ثم والله ثم والله لا فعلت كذا ثم فعله فليس عليه الا كفارة واحدة الا أن ينوي لكل يمين كفارة كمن كالنذر ورواه ابن المواز ووجه ذلك انها محمولة على التأكيدي حتى ينوي لكل يمين كفارة كمن قال على ثلاث نذور فيلزمه حينئذ ثلاث كفارات (مسألة) ومن قال والله لا فعلت كذا ثم قال على نذر ان فعلت كذا لزمه كفارتان ان فعل قاله ابن المواز لان حكم التزام النذر غير حكم الحلف فوجب

﴿ ما تجب فيه الكفارة من الايمان ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف بيمين فرأى غير ما خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير قال يحيى وسمعت مالكا يقول من قال على نذر ولم يسم شيئاً ان عليه كفارة يمين قال مالك فاما التوكيد فهو حلف الانسان في الشيء الواحد مراراً يردد فيه الايمان يميناً بعد يمين كقوله والله لا أنقصه من كذا وكذا يحلف بذلك مراراً ثلاثاً أو أكثر من ذلك قال فكفارة ذلك كفارة واحدة مثل كفارة اليمين

لكل واحد منهما موجه ولذلك لو قال على عشرة نذور ان فعلت كذا لزمه عشر كفارات بخلاف تكرار اليمين ولو قال على نذر ان فعلت كذا ثم قال على نذر ان فعلت كذا فعليه كفارتان الا ان يريد بالثاني الأول لان كل قول من ذلك التزام لما تضمنه (فرع) والفرق بين اليمين والنذر ان اليمين معناها المنع من فعل أو التزامه فالتكرار منها فاما يتعلق بما يتعلق به ما قبله على وجه التأكيده فوجب به ما وجب بما قبله وأما النذر فالإتزام تام لو انفرد عن الحلف لكان التزاما تاما فكان لكل نذر من ذلك حكمه وأيضا فان اليمين لا تتضمن الكفارة وانما شرعت حلالها كالاستثناء فوجب أن تحل الكفارة جميع ما تقدمها من الايمان كالاستثناء المتعقب لايمان متصله وليس كذلك النذر فانه يتضمن ملتزمًا فلزم بالأول ما لزم بالثاني لما كان مقتضاها واحدا يدل على ذلك انه لو قال والله والله ووالله ففعلت للزومه كفارة واحدة ولو قال على نذر وعلى نذر وعلى نذر ان فعلت كذا ثم فعله لزمه ثلاث كفارات والله أعلم (مسئلة) ومن قال على أربعة ايمان ففي العتبية عليه أربع كفارات قال الشيخ أبو محمد وأعرف ان ابن المواز قال عليه كفارة واحدة الا أن تكون له نية وجه القول الأول ان هذا التزام وذلك يوجب عليه أربع كفارات كما لو قال عليه أربعة نذور ووجه القول الثاني ان الايمان طريقها الحلف وتكرارها يقتضي التأكيده حتى ينوي به غير ذلك على ما تقدم ذكره (مسئلة) ومن قال في يمينه بالله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم العزيز العالم الغيب والشهادة مالك يوم الدين ثم حنث لم يجب عليه الا كفارة واحدة ولو قال على عهد الله وميثاقه لزمه كفارتان لان الأول حلف بمحلف واحد ووصفه بصفات كثيرة والثاني كان يمينه بالعهد ثم أضاف اليه الميثاق فلزمه كفارتان (مسئلة) ومن قال على عهد الله وأشد ما اتخذ رجل على رجل لزمه في العهد كفارة واختلف أصحابنا في قوله وأشد ما اتخذ رجل على رجل ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فيه كفارة يمين وروى عن ابن القاسم انه ان لم تكن له نية يلزمه الطلاق لنسائه والعتق لرقيقه والصدقة بثلاث ماله ويمشي الى الكعبة ورواه ابن المواز قال عيسى وان حاشا الطلاق والعتق من ذلك فعليه ثلاث كفارات يريد والله أعلم الصدقة والمشي وكفارة الايمان ووجه القول الأول ان أشد ما اتخذ رجل على رجل انما يقتضي يمينًا واحدة ولا يمين أعظم من اليمين بالله ولا اثم أعظم من اثم من اجترأ على الحنث بها فكانت يمينه بأشد ما اتخذ رجل على رجل مقتضية لليمين بالله تعالى فلذلك لزمته كفارة اليمين بالله ووجه قول ابن القاسم ان الحالف بذلك انما يقتضي حلفه بالتشديد عليه في المخالفة ليمينه وتعتيم السنة عليه بذلك انما يكون بكثرة ما يلزمه بالحنث فيها وأما مقادير المآثم فانه أعلم بها ولو أراد اليمين بالله لا جترأ بما تقدم له من يمينه فلذلك حمل على اجتماع الايمان ولزوم جميع أنواعها (مسئلة) وأما من قال الحلال عليه حرام فلا يخلو أن يحلف بذلك ابتداء أو يحلف لمن يستحلفه فان حلف بذلك ابتداء فان الطلاق يلزمه ان لم تكن له نية أو كانت له نية العموم في قول ابن القاسم وأشهب وان نوى محاشاة الطلاق والعتق فلا يخلو أن تكون عليه يمينه أو لا تكون عليه يمينه فان كانت عليه يمينه فقال الشيخ أبو بكر يحلف على ذلك وفيه لا يمين عليه وقال ابن القاسم له نية وقال أشهب ولو قال الحلال كله على حرام لم يمنع محاشاة امرأته بنيتها حتى يسميها بالكلام ولا فرق بين قوله الحلال على حرام وبين قوله الحلال كله حرام الا التأكيده للعموم لان من يقول ان قوله الحلال على حرام للعموم يقول ان لفظة كل للعموم ومن يقول ليست للعموم ولا للعموم لفظ موضوع فانه ينفي أن يكون لفظة كل تقتضي العموم فاما أن يكون أشهب ينفي

العموم في الألف واللام التي للجنس ويثبتها في كل وأما أن يثبت العموم فيهما ويجعل للتأكيد
 مزية تمنع الاستثناء بالنية دون اللفظ وعلى هذا يصح أن يجري قوله في الإيمان اللازمة إذا ثبت فيها اللفظ
 كل أو عريت عنها والله أعلم (مسئلة) وأما أن يستخلف فقد قال ابن القاسم في الموازية سواء استخلفه
 الطالب أو ضيق عليه حتى يحلف أو خاف أن لا يتخلص منه إلا باليمين فإنه لا تنفعه نيته وروى ابن حبيب
 عن مطرف عن مالك وتنفع نيته في محاشاة الزوجة لاختلاف الناس في هذا اليمين وأما في غير ذلك
 فلا تنفعه المحاشاة ولا النية واليمين على نية المستخلف وقاله ابن الماجشون (مسئلة) ومن قال عليه
 إيمان البيعة فلما حلف قال لم أورد الطلاق ففي كتاب ابن المواز ذلك إلى نيته وهذا يقتضي أنه إن قال
 لم أنو شيئاً لزمه من الطلاق والعق ما لزمه في قوله أشد ما اتخذ رجل على رجل هذا عندي مثل اليمين
 التي يجري في بلدنا من قول الخالف الإيمان لازمة وقدر أيتها في بيعة أهل المدينة ليزيد بن معاوية وفيها
 بعدها من عهد الخلفاء ولفظ الإيمان اللازمة لم أرفيه للمتقدمين أصولاً مخرصة وقد اختلف فيها من
 عاصرنا من الفقهاء فأما العلماء فأجمعوا على أنها إيمان لازمة يجب بها الطلاق والعق والمشي إلى
 مكة والصدقة بثلاث المال وصيام شهرين واختلقوا في الطلاق الواجب بذلك فكان الشيخ أبو
 عمران بن أبي حاج رحمه الله وأكثر من بلغنا قوله من أهل إفريقية يجعلون ذلك طلاقاً واحدة وكان
 معظم أهل بلدنا يجعلونها ثلاثاً وحكاها الشيخ عبد الحق عن أبي بكر بن عبد الرحمن وهو الأظهر
 عندي على أصل مالك واحتج في ذلك أبو بكر بن عبد الرحمن بأن الحرام إنما يكون في المدخول بها
 ثلاثاً وهو من جملة الإيمان فلزمنا أن يلزمه من كل نوع من أنواع الإيمان أو عبا لا يجابنا عليه بيمينان
 كل نوع من أنواع الإيمان ولو لم يلزمه أو عبا لاخللنا ببعض أنواع الإيمان وإذا ألزماه أو عبا أنواع
 الطلاق لزمنا أن نلزمه البتة أو الحرام من نوع الطلاق وهو مما يستعمل كثيراً في قولهم الحلال على
 حرام فيجتمع فيه أنه أو عبا ما في الباب مع عرف الاستعمال ولذلك أوجبنا عليه في الحج ماشياً إلى
 مكة دون العمرة ودون الحج راكباً لما كان ذلك أبلغ في اليمين وأوجب لما يحلف به من هذا النوع
 ووجه ما قاله القرويون في هذا التعلق بعرف استعمال هذه اللفاظ فأكثر ما يستعمل أنت طالق
 إن فعلت كذا فإن قلت كذا فكان عرف استعمال اللفظ في الواحدة أكثر فمالوه عليه ولذلك قالوا
 في الحج يلزمه المشي لأنه أكثر ما يستعمل بهذا اللفظ عليه المشي إلى مكة إن فعل كذا وإن قال كذا
 ولا يكاد يستعمل بغير هذا اللفظ قالوا ويحلف الرجل بصدقة ماله فيلزمه ثلثه فلو جاز أن يقال يلزمه
 من الطلاق الثلاث لما جع الإيمان للزومه أيضاً أن يتصدق بجميع ماله وفي هذا القول نظرن ذكره
 إن شاء الله في هذا الموضع ويلزمهم على هذا الحلال على حرام فإنه لفظ مستعمل كذا وقع فيلزم منه
 أو عبا ما في الباب فيجب أن يحمل الطلاق عليه (فرع) إذا ثبت ذلك فتقرير ما تحقق عند أبي
 هذه اليمين من أقوال الشيوخ يعني عن ابن لبابة ومحمد بن عمران أنه كان يقول ينوي فإن قال لم أنو
 الطلاق ولم أنو الاطلاق واحدة صدق ورأيت للشيخ أبي عمران في نسخة جواباً عن هذه المسئلة
 في الذي يقول يلزمني جميع الإيمان ينوي الخالف فإن زعم أنه قصد بعض الإيمان دون بعض حمل على
 ذلك ولم ينو شيئاً ولكنه لم يلزمه غاية التشديد وما جرت به عادة الخالفين وإن لم ينو عموماً ولا خصوصاً
 فهو موضع اشكال يؤمر صاحبه بالاحتياط والتزام جميع ما يخاف أن يكون دخل تحت لفظه
 يعرف الاستعمال ولا يقضى عليه بذلك وروى عنه أنه قال يلزمه جميع الإيمان من الطلاق والعق
 وغير ذلك فقل له ما يلزمه من الطلاق فقال في ذلك تنازع وأرى أن الواحدة عليه بلا شك ويستحب

له أن يلزم نفسه ما زاد على ذلك ففيل له من الايمان فقال هذا ما لا غاية له وكذلك من الايمان كلما تزوجتك فأنت طالق فيجب أن يلزمه ذلك فظاهر قول أبي عمران في الجواب الاول يقتضي نفى القول بالعموم وانه اذا نوى العموم لزمه أشد ما يستعمل في ذلك وهو راجع الى ما نقوله لقولنا بالعموم وما ألزمه من قولنا كلما تزوجتك فأنت طالق غير لازم لانه انما تلزمه الايمان المطلقة دون الايمان المعلقة بصفة * قال الامام أبو الوليد رحمه الله وعندي انه يجب أن يتفرع القول في هذه اليمين على حسب ما قدمناه من أقوال المالكيين في الخالف بالحلل عليه حرام ويرتب على ذلك الترتيب وقد قدمناه قبل هذا وبالله التوفيق وقد رأيت لبعض أهل اللغة قولاً أراه أراه تسهيل هذه اليمين لأنهم يروون عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كل يمين وان عظمت فان كفارتها كفارة يمين يريدون انه لا يجب على الخالف بالايمان اللزومة الا كفارة يمين وهذه الرواية لا تصح عن عائشة فيما علمت ولو صحت لجاز أن يلحقها التخصيص أو يكون ذلك رأياً رآته لم توافق عليه فرأيت للجبر جاني انه قال لا إله الا الله اسم لجميع الايمان قال وأراد لا إله الا الله وما اتصل بها من جميع أسبابها وآلاتها وهو الذي ادعاه من أن لا إله الا الله اسم لجميع الايمان لا سبيل له الى اثباته من جهة لغة ولا شرع ولا أورد في ذلك شيئاً يتعلق به ولو صرح ما ادعاه من ذلك لم يكن فيه تعلق بل هو عكس ما نقوله لأنهم يقولون ان الايمان اللزومة اسم للحلف بالله فلا يلزم بها الا ما يلزم الخالف بالله وأما اذا كانت اليمين بالله اسماً لجميع الايمان فيجب أن يلزم الخالف بها جميع الايمان وهذا لا يقوله أحد والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فمن حلف بالايمان اللزومة لزمه الطلاق في جميع من عنده من النساء لأن يمينه متعلقة بجميعهن فان لم تكن عنده امرأة لم يلزمه فمين تزوج في المستقبل لان الحلف بذلك نوع من الطلاق ولا يلزم منه الا أعمه أو المعتاد منه وليس هذا بأعمه ولا المعتاد منه ولا هو قرينة فيلزمه بالنذر

(فصل) وأما الصيام فالذي يلزم منه على قولنا صيام شهرين متتابعين وهو أعم ما ورد به الشرع من هذا النوع

(فصل) وأما العتق فان كان عنده رقيق عتق عليه جميعهم لان حكم اليمين متعلق بجميعهم كالطلاق وان لم يكن عنده رقيق فعليه عتق رقبة ولا يلزمه أكثر من ذلك لان ما زاد على ذلك انما يقتضي التكرار ولا يلزم ذلك بهذه اليمين ولا غيرها

(فصل) وأما الصدقة فقد نص أصحابنا على أن الذي يجب في أشد ما اتخذ رجل على رجل أن يتصدق بثلاث ماله وهذا مبني على التعلق بالعرف لان أكثر من يحلف انما يحلف بصدقة ماله ويجب بذلك عند المالكيين الثلث لان عرف الشرع متعلق به دون غيره من المقادير ولوتعلق به ذلك بأكثر مما يلزم من ذلك من غير عرف لوجب عليه أكثر ماله أو جميعه على حسب ما يلزم بالصدقة أو بالجزء الشائع لكنه لا يجي على قول أصحابنا الا التعلق بالأكثر مع العرف والعادة على قول أهل بلدنا والتعلق بالعرف خاصة عند القرويين (فرع) فاذا قلنا انه يلزمه الطلاق بالايمان اللزومة لتناول اللفظ له فقال اني حاشيت الطلاق أو العتق أو شيئاً من ذلك ينبتى فاما ما لا يطالب به من الصوم والمشى الى مكة والعتق غير المعين فلا خلاف في تصديقه فيه * وأما ما لا يطالب به من الصوم والمشى المعين فيجري القول فيه على اختلاف شيوخنا فمن حلف بالحلل عليه حرام أو بالحلل كله عليه حرام ثم ادعى انه حاشا الزوجة بنيته وقد تقدمت أقوالهم في ذلك بما يقف عليه الناظر في موضعه ان شاء الله تعالى ص **قال مالك** فان حلف رجل مثلاً فقال لا والله لا آكل هذا الطعام ولا ألبس هذا الثوب ولا أدخل هذا البيت فكان هذا في يمين واحدة فأنما عليه كفارة واحدة وانما ذلك كقول الرجل

قال مالك فان حلف رجل مثلاً فقال والله لا آكل هذا الطعام ولا ألبس هذا الثوب ولا أدخل هذا البيت فكان هذا في يمين واحدة فأنما عليه كفارة واحدة وانما ذلك كقول الرجل

لامرأته أنت الطلاق أنت كسوتك هذا الثوب وأذنت لك إلى المسجد يكون ذلك نسقامتتبعاً في كلام واحد فان حنث في شيء واحد من ذلك فقد وجب عليه الطلاق وليس عليه فيما فعل بعد ذلك حنث إنما الحنث في ذلك حنث واحد * ش وهذا كما قال ان من حلف يميناً واحدة فنهنت أشياء أن لا يأكل طعاماً معيناً ولا يلبس ثوباً ولا يدخل بيتاً ولا يكلم رجلاً فانها يمين واحدة يجزئ في حلها بالاستثناء استثناء واحد وفي حلها بالكفارة كفارة واحدة ويحنث بفعل الامتناع من ابعاض ذلك الفعل كمن حلف أن لا يأكل هذا الرغيف فأكل منه فانه يحنث به في الظاهر من المنع وكذا من حلف على ما ذكرناه فأكل الطعام أو لبس الثوب أو دخل البيت أو كلم الرجل فانه قد فعل شيئاً مما يحلف أن لا يفعله فدخل عليه الحنث بذلك (مسئلة) وهذا اذا حلف على النفي وهو اذا حلف أن لا يفعل فلو حلف على الايجاب وهو أن يحلف ليفعل مثل أن يحلف ليأكل الخبز وليلبس الثوب وليدخل البيت وليكلم من زيد فانه لا يبرأ بفعل ذلك كله لانه قد حلف على الاتيان بجميعه (مسئلة) ومن حلف لامرأته فقال ان دخلت الدار فأتتها طالق فدخلت واحدة فقدرى عيسى عن ابن القاسم يحنث فيهما ما يطلقان وهو قول مالك وقدرى عن مالك تطلق الدخلة وحدها وقاله أشهب وفي المدونة لا شيء عليه حتى تدخل المرأتان الدار وجه القول الأول ان الحلف على نفي الفعل والامتناع منه يوجب الحنث بفعله لان ذلك يقتضى المنع من قليله وكثيره أصل ذلك من حلف أن لا يأكل الرغيف فأكل بعضه ولان هذا الخالف قصد منع كل واحدة من المرأتين من دخول الدار وفعل مخرج يمينه وحنثه فيهما ما يطلقهما فن حنث في شيء من يمينه فأنما يحنث بطلاقهما جميعاً ووجه الرواية الثانية أن الفعل الذي اقتضت يمينه المنع منه انما هو دخول الدار وقد وجد جميعه ولم تقتض اليمين استيعاب طلاقهما بدخول واحدة منهما لان ما يجب به العموم لا يقتضى العموم والاستغراق وانما يقتضى أقل ما يقع عليه الاسم أو ما يعلم انه قصده باليمين والظاهر من هذا انه انما قصد منع كل امرأة من دخول الدار وأقسم على ذلك بطلاقهما ووجه رواية المدونة أن يمينه انما اقتضت أن لا يدخل زوجته الدار ومن ذلك منعه يمينه ولم يوجد ذلك بدخول احدهما فلم يحنث في شيء من يمينه ص * قال مالك الأمر عندنا في نذر المرأة انه جائز عليها بغير إذن زوجها يجب عليها ذلك ويثبت اذا كان ذلك في جسدها وكان ذلك لا يضر زوجها وان كان ذلك يضر زوجها وان كان ذلك يضر زوجها وان كان ذلك يضر زوجها حتى تقتضيه

لامرأته أنت الطلاق ان كسوتك هذا الثوب وأذنت لك إلى المسجد يكون ذلك نسقامتتبعاً في كلام واحد فان حنث في شيء واحد من ذلك فقد وجب عليه الطلاق وليس عليه فيما فعل بعد ذلك حنث إنما الحنث في ذلك حنث واحد * قال مالك الأمر عندنا في نذر المرأة انه جائز بغير إذن زوجها يجب عليها ذلك ويثبت اذا كان ذلك في جسدها وكان ذلك لا يضر زوجها وان كان ذلك يضر زوجها وان كان ذلك يضر زوجها حتى تقتضيه

ذلك كله أم رد ما زاد على الثلث منه المشهور من مذهب مالك وهو قول ابن القاسم أن له رد جميعه وقال ابن الماجشون إنما رد ما زاد على الثلث إلا في العتق فإنه يرد جميعه لما فيه من عتق البعض من غير تقويم وجه القول الأول الزوجة إذا زادت في هبتها كانت متعدية ولم يختص التعدي بما زاد على الثلث بل اختص بالجميع فوجب أن يرد جميعه لأنها ممنوعة منه لحق الغير مع بقاء المال على ما سلكها كالفلس وبهذا فارق الوصية فإن الموصى يمنع من الزيادة على الثلث مع خروج المال عن ملكه فلذلك رد إلى الثلث ووجه القول الثاني أن كل من له التصرف في ثلثه فإنه يرد ما زاد عليه كالموصى وهو أقيس وأجرى على الأصول (فرع) وإذا قلنا أن الزوج الردأ والاجازة فهل ذلك موقوف على الاجازة أو الرد قال أصبغ هو على الاجازة حتى يرده وقال مطرف وابن الماجشون هو مردود حتى يجيزه الزوج وجه القول الأول أن ذلك مال للزوجة وهي جائزة الأمر فأوجبته في مالها فهو جائز ووجه القول الثاني أن ذلك ممنوع لحق الزوج فلم يجز منه شيء إلا بإجازته (مسألة) وإذا شهد الزوج قسما يمينها أنها متى حلفت في كذا وحنت فقد أجزت ما حلفت به لم يلزمه ذلك ولو أشهد بذلك بعد يمينها وقبل الحنث لزمه ذلك ولم يكن له الرجوع فيه قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ ووجه ذلك أنه إذا أشهد بذلك قبل يمينها فقد أشهد قبل سبب الوجوب عليها وعليه من ترك الأعراض في شيء قبل وجوبه أو وجود سبب وجوبه لم يلزمه ذلك (مسألة) وإذا حلفت بأكثر من ثلثها ولا زوج لها فزوجت ثم حنت فلزوج رد ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن حبيب عن أصحاب مالك ووجه ذلك ما قاله من أن الاعتبار بحال الحنث دون حال اليمين (فصل) وأما ما يتعلق بجسدها كالصلاة والصيام والحج فإنه على ضربين أحدهما أن يضر بالزوج ككثير الصيام والحج والثاني لا يضر به كصلاة ركعتين وصيام يوم فإن كان ذلك يضر بزوجه منعها منه لأن حقه قد تعلق بالاستمتاع بها فليس لها أن تأتي بما يمنع منه ولكن ذلك يبقى يندمها حتى تنجد إلى أدائه السبيل وإن كان ذلك مما لا يضر بالزوج كان لها تعجيل فعله ولم يكن للزوج منعها منه والله أعلم وأحكم

﴿ العمل في كفارة الإيمان ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول من حلف بيمين فأكدها ثم حنت فعليه عتق رقبة أو كسوة عشرة مساكين ومن حلف بيمين فلم يؤكدها ثم حنت فعليه إطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من خنطة فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴾ ش قوله من حلف على يمين فأكدها يحتمل أن يريد بتأكيدها تكرار وصف الله تعالى بصفاته مثل أن يقول بالله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم السميع العليم العزيز الحكيم ويحتمل أن يريد به تأكيدها بتكرارها مرارا ولعله كان يعتقد الأمرين جميعا فكان يرى في تأكيدها أن يأخذ ذلك بأرفع الكفارات وهو العتق أو يرفع عن أدنى الكفارات الذي هو الإطعام إلى ما هو أرفع وهو الكسوة والإطعام وإنما ذلك من عبد الله بن عمر في التأكيده على وجه الاستعباب والله أعلم وأما كفارة اليمين فإنها على التخيير بين الرقبة والإطعام والكسوة فن لم يجد شيئا من ذلك صام والأصل في ذلك قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك

﴿ العمل في كفارة الإيمان ﴾

﴿ حديثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول من حلف بيمين فوكدها ثم حنت فعليه عتق رقبة أو كسوة عشرة مساكين ومن حلف بيمين فلم يؤكدها ثم حنت فعليه إطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من خنطة فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام

كفارة أيمانكم إذا حلفتم (مسئلة) وصفة الرقبة أن تكون مسامة كاملة الرق وتأتخرت مسائل من هذا الباب الى الظهار (مسئلة) ولما سلامة الخلقة فان النقص على ضربين نقص من ظاهر جسمه ونقص من منافعه قال شيوخنا العراقيون انه اذا كان على صفة يمكنه معها التصرف الكامل والتكسب غالباً فانه يجزى مثل أن يكون مقطوع الانملة قال ابن حبيب يجوز الجذع الخفيف أو الصمم الخفيف أو العرج الخفيف وذهاب الضرس وان اسودت ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) فأما أنشطع اليد أو أقطع الرجل أو الأشل أو الأعمى أو المقعد أو الأخرس فانه لا خلاف في المذهب أنه لا يجزى شيء من ذلك فان كان أراد بالخرس البكم فنذهب ابن القاسم الى أنه لا يجزى شيئاً ذكره بعده هذا وان كان أراد بالخرس تغيير مخارج الحروف فان كان ذلك شديداً يعسر فهمه غالباً فانه مؤثر في تصرفه فلذلك منع الاجزاء (مسئلة) ولا يجزى من الامراض من به جنون مطبق أو جذام أو فالج أو سل أو رمد أو برص فاحش قال ابن الماجشون في المبسوط لا يجزى البرص وقال ابن الماجشون في الواضحة الا البرص الخفيف قال أشهب أو المريض الذي ينزع أو المقطوع الابهامين قال القاضي أبو محمد من اليدين والرجلين فهذا كله لا يجزى لأن هذه معان تمنع التصرف والتكسب وهي من المعاني التي لا يرجى برؤها وأما المريض الذي به الحصى أو الرمد أو الظفر فانه يجزى لأن هذه المعاني وان كانت الآن تمنع التصرف والتكسب فانها معان يرجى زوالها قال ابن الماجشون في الواضحة يجوز عتق المريض الا الذي ينزع واختلف قول مالك في الاعرج فقال مرة يجزى وقال مرة لا يجزى ثم رجع الى أنه ان كان عرجاً خفيفاً أجزأ وقال أبو حنيفة يجزى أقطع اليد والرجل والدليل على ما نقوله قوله تعالى فتعزير رقبة واطلاق الاسم يقتضي السلامة ودليلنا من جهة القياس أن هذا نقص يمنع التصرف التام فوجب أن يمنع الاجزاء كما لو كان مقطوع الرجلين (مسئلة) واختلف في الحصى فقال ابن القاسم لا يجزى وقال أشهب يجزى وجه القول الاول أنه ناقص الخلقة كالأعور والأشل ووجه القول الثاني أن هذا نقص لا يؤثر في عمله وتصرفه كالفحج وأيضاً فانه أغلى ثمناً من غيره (مسئلة) اختلف في أقطع الابهام الواحدة فقال ابن القاسم في المدونة لا يجزى وكذلك قال في المقطوع الاصبع والاصبعين وقال غيره يجزى مقطوع الاصبع واختلف قول ابن القاسم في ذلك في المبسوط فقال مرة يجزى مقطوع الاصبع وقال مرة لا يجزى مقطوع الاصبع (مسئلة) واختلف في الأعور فقال مالك والمصريون يجزى وقال عبد الملك لا يجزى وهو قول مالك في المبسوط وجه قول مالك أن العين الواحدة تقوم مقام العينين أو قرب ذلك فكان كمن بعينه ضعيف ووجه قول مالك أن نقصه ما يجب به نصف الدية كقطع اليد (مسئلة) واختلف في الأصم فقال مالك لا يجزى وقال أشهب يجزئه وجه قول مالك ما احتج به القاضي أبو محمد من أنه نوع منفعة كاملة يضر بالعمل ويجب فيها الدية الكاملة كالعمى ووجه قول أشهب ما قاله القاضي أبو محمد أيضاً من أن ذهاب السمع لا يضر بالعمل ولا بالتصرف كبير إضرار لان أكثر ما فيه صعوبة فهمه للكلام وذلك يوصل اليه ما يقوم مقامه من الإشارة ومن يتعذر عليه فهم الكلام لعجمته أو لبعده فهمه يجزى ففي مسئلته (مسئلة) وأما المقطوع الاذنين فقال ابن القاسم في المدونة لا يجزى قال القاضي أبو محمد خلافاً لأصحاب الشافعي والدليل على ذلك أن فيهما منفعة وهي حوش الصوت الى السمع ودفع الضرر عنه مع ما في ذهابهما من التشويه بالخلق وفي المبسوط عن ابن القاسم ان الجذع

في الأذن يجزى * (مسئلة) والبكم يمنع الاجزاء قال ابن القاسم في المبسوط لا يجزى * الآخر في شيء من التكفارات وذلك خلاف للشافعي قال القاضي أبو محمد وان كان معه صم فهو آيين لان فقد الكلام يجزى مجزى فقد البصر واليد والرجل لانه يضرب بعمله وينقص تصرفه ويضعف فهمه وافهامه (مسئلة) ولا يجوز الذي ذهب جل اسنانه فان ذهب أفلها فانه يجزى * قال ابن القاسم في الواضحة وتأخرت مسائل من هذا الباب الى الظهار والى العتق وبالله التوفيق (مسئلة) ومن ابتاع أمة فاعتقها عن واجب ثم ظهر بها حل فلا تجزى * قاله في العتية وله أن يرجع بقيمة العيب قال مطرف وابن الماجشون ولا يجزى * عتق العبد الآبق الا أن يوجد بعد العتق سليما ويعلم انه كان يوم عتقه صحيحا فأما ان كان يومئذ عليا ثم صح أو صحيحا ثم اعتل لم يجزه حتى يكون صحيحا في الحالين قال أصبغ وروى أكثره عن ابن القاسم ومعنى ذلك كان يكون المرض مما يمنع الاجزاء وأما ان كان مريضا لا يمنع الاجزاء فانه يجزى * وفي هذا اشارة الى انه لا يجزى * عتق المريض

(فصل) وقوله من لم يجد فصيام ثلاثة أيام يريد من لم يجد شيئا مما ذكر فوق هذا فانه ينتقل الى الصيام ولا يجزئه الصوم مع وسو درقبة أو كسوة أو اطعام وقد روى ابن المواز عن مالك لا يصوم الخائث حتى لا يجد الاقوته ويكون في بلد لا يعطف عليه فيه وروى ابن مزين عن ابن القاسم ان كان له فضل عن قوت يومه أطمع الآن يخاف الجوع وهو في بلد لا يعطف فيه عليه ويعتبر في ذلك أن يجد فضلا عن قوت يومه الذي ذكر ما يعتق فيه رقبة كاملة أو يكسو الكسوة التي تجزئه أقل ما يجزى * من اطعمهم فان قصر ما عنده عن ذلك فليس بواجب ويجزئه الصيام ووجه ذلك ان وجود ذلك معتبر بوجود العين التي يخرجها وذلك لا يصح عدمه والثاني أن يجد في ملكه قيمتها بما يلزمه اخراجه فيها وكل ما كان عنده من عين أو عرض يتصرف في ذلك (مسئلة) والاعتبار في ذلك بحال التكفير دون حال اليمين وحال الخنث وان كان حين اليمين معسرا ثم أيسر قبل أن يشرع في التكفير لم يجزه الصيام لانه الآن واجد للعتق أو الاطعام فان تلبس بالصوم ثم أيسر أجزاءه أن يتبادى على صومه لانه قد تلبس بالصوم (مسئلة) فان كان موسرا يوم الخنث فترك التكفير حتى أعسر فصام ثم أيسر فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه يعتق قال ولم أسمعه من مالك والمشهور عن مالك انه يجزئه وجه القول الاول عندى الاستعجاب والمشهور من قول مالك وأصحابه الاعتبار بحالة التكفير كمن يتمكن من الصلاة في أول الوقت فلم يؤدها حتى مرض فلم يقدر على القيام انه يجزئه أن يصلي جالسا ولا قضاء عليه وان أطاق بعد ذلك القيام (مسئلة) واذا أذن السيد لعبده أن يكفر بالاطعام فصام فهل يجزئه قال ابن حبيب لا يجزئه لانه بالاذن خرج عن أن يكون من أهل الصيام وفي المدونة انه يجزئه وضعف اذن السيد في ذلك ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار انه قال أدركت الناس وهم اذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدام حنطة بالمد الأصغر ورأوا ذلك مجزئ عنهم * ش قوله أدركت الناس يحتمل أن يريد بالمدينة لانها دارهم وبها كان علماء الصحابة الذين أدركهم وأشار اليهم بقوله أدركت الناس يعطون في كفارة اليمين بالمد الأصغر يريد مد النبي صلى الله عليه وسلم لانه أصغر من مدهشام وانما عندهم بالحجاز مدان مد النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصغرهما ومدهشام وهو أكبرهما وقد اختلف أصحابنا في مقداره بمد النبي صلى الله عليه وسلم والصحيح انه مدان وسيأتي ذكره في الظهار ان شاء الله تعالى والاطعام في كفارة اليمين بمد مد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا في المدينة لضيق أقوات أهلها واختار أشهب بمصر مدا وثلثا واختار

وحدثني عن مالك عن يحيى
ابن سعيد عن سليمان بن
يسار أنه قال أدركت الناس
وهم اذا أعطوا في كفارة
اليمين أعطوا مدام حنطة
بالمد الأصغر ورأوا ذلك
مجزئاً عنهم

ابن وهب مدون نصف الكل مسكين لسعة الأقوات بها قال ابن المواز ولو أخرج بهامدا أجزأه وقال أبو حنيفة لا يجزئه أن يطعمهم أقل من نصف صاع لكل مسكين من الخنطة والشعير والتمر صاع وإن غداهم وعشاهم أجزأه والدليل على ما نقوله قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ومحال أن يكون بالمدينة مدان وسط سبع الأهل لاسيما على قول أبي حنيفة أن المدر طلان ودليلنا من جهة القياس أن هذا أكثر من وسط طعام العيال فلم يلزم في الكفارة أصل ذلك ما زاد على المدين (مسئلة) قال ابن المواز وإن غدى المساكين وعشاهم الخبز والادام أجزأه قال ابن حبيب حتى يشبعوا ولا يغديهم الخبز ولكن بادام من زيت أولبن أو طنية أو لحم أو بقل قال ابن عباس أعلام اللحم وأوسطه اللبن وأدناه الزيت قال ابن حبيب ولا يجزئه أن يغدى الصغار ويعشهم ولكن أن أعطاهم فليعطهم ما يعطى الكبار ويجزئه أن يعطى الصغير من الطعام المصنوع مثل مايا كل الكبير قال ابن المواز إذا كان فطيا ومعنى ذلك أنه إذا كان يرضع لم يتغذ الطعام المصنوع ولا يتأتى بيعه في الأغلب فكان حكمه أن يدفع إليه خنطة يتأتى له بيعها وانتفاعه بها في غير القوت أو أداها إلى أن تضاف إلى مثلها

(فصل) وقوله أعطوا مئتا من خنطة نص منه على تجويز إخراج الخنطة في ذلك ولا خلاف فيه والذي يخرج في ذلك من الطعام ما يقتاتة الناس غالبا ولا يستعمل غالبا إلا على وجه القوت كالقمح والشعير والسلت والدخن والأرز والذرة فأما القمح فنأخرجه أجزأه لأنه أفضل ما يتقوت وأما الشعير فإن كان يأكل الشعير وقوت الناس القمح فإن كان ذلك إقرار أجزأه لأنه قوته على الحقيقة وإن كان ذلك لبخل وهو يقدر على الخنطة لم يجزه إلا الخنطة حكاه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك أن بخله لا يخرج عنه أن يكون من أهل التقوت بالخنطة بعادة البلد وحاله التي تحتل ذلك وقال ابن المواز يخرج مميا كل ومما يفرض على مثله وإذا كان يأكل الشعير فليطعم منه ولا يجزئه الذرة إلا أن يكون هوأ كله وقال ابن الماجشون في الفطر يخرج من جل عيش البلدان كانوا يريدون بذلك إذا وافق قوت المخرج قوت البلد فهو وفاق وإن أرادوا وإن خالف قوت المخرج قوت البلد فهو خلاف والأول أظهر (فرع) فإذا قلنا يخرج شعيرا فقد قال ابن المواز يطعم منه في الكفارة قدر مبلغ سبع القمح (فرع) فإن تقوت الخنطة وأهل البلديقتان الشعير لم يجزه أن يخرج الشعير رواه ابن حبيب عن أصبغ (مسئلة) ولا يخرج السويق في الكفارة قاله ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك أنه قد عدل به عن وجه ما يتقوت عليه غالبا كما لو اتخذ منه العصيد (مسئلة) وأما الدقيق فإنه يجزى إذا أعطى منه قدر ريعه وكذلك الخبز في الكفارات التي يطعم فيها قاله ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك أنه لم يخرج عنه وجه الاقتيات المعتاد ولو أطعم هذا المقدار لأجزأه غير أن ابن حبيب روى عن أصبغ لا يجزئه أن يطعمهم الخبز قفارا ومعنى ذلك أن لا يستوعب مقدار المد من الخبز وأما إذا أطعمهم بادام فأنما يلزمه أن يشبعهم للغداء والعشاء فإن استوعبوا ذلك والافقد أجزأه مأكلوا والله أعلم (مسئلة) ولا يخرج التين ولا القطنية وإن كان عيش قوم وهذا مبنى على أنه ليس بقوت عنده أو على أنه ليس بقوت معتاد ولا شائع في البلاد وقد استوعبت الكلام في هذا في زكاة الفطر بما يغنى عن أعادته ولم أر أصحابنا يفرقون بينهما بل ظاهر مسائلهم يقتضى المساواة والله أعلم ص

* قال مالك أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه أن كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا وأن كسا النساء

كساهن ثوبين ثوبين درعا وخارا وذلك أدنى ما يجزى كلاً في صلاته ﴿ ش وهذا كما قال ابن
المكفر عن يمينه أن يختار أن يكفر بالكسوة فإنه إنما يكفر بما يصلي فيه فقال في الرجال ثوباً ثوباً
وذلك يكون على ضربين أحدهما القميص الذي يستر العورة والجسد وهذا يشمل على فرض
لباس الصلاة وفضله وإن أعطاه إزاراً فقد قال ابن حبيب يعطيه إن شاء قميصاً وإن شاء إزاراً يبلغه
أن يلحف به مستملاً وهذا على معنى القصص أيضاً وأما الإزار الذي يمكن الاشتغال به ولكن يمكن
أن يتزر به فلم أر فيه لأصحابنا نصاً ولا ظهراً عندي أنه لا يجزى لأنه لا ينطلق عليه اسم كسوة (مسئلة)
وأما المرأة فنص أصحابنا على أنه يكسوها قميصاً وخاراً لأنه لا تجزئها الصلاة بأقل من ذلك (فرع)
ومن النساء الطويلة والقصيرة فيجزي بعضهن من القصص في الصلاة لقصرها ما لا يجزى بعضهن
لطولها والذي عندي أنه إنما يعطى كل واحدة منهن ما يستر عورتها في صلاتها (فرع) وإذا
كانت المرأة صغيرة فقد روى عيسى عن ابن القاسم أن كسا صغار الإناث فليعطهن درعا
وخاراً والكفارة واحدة لا ينقص منها لصغير ولا يزداد لكبير روى ابن المواز عن أشهب أنه يعطى
الصبية التي لم تبلغ الصلاة الدرع دون خمار فإذا بلغت الصلاة أعطيت الدرع والخمار وقال ابن
حبيب يعطى صغار الإناث ما يعطى الرجال قميصاً كبيراً وجه القول الأول أن هذا مال يخرج في
الكفارة يعتبر فيه القدر فوجب أن يكون مقداراً حق الصغير فيه كحق الكبير أصل ذلك الاطعام
وجه القول الثاني أن الكسوة معتبرة بحال من تدفع اليه ولذلك فرق بين الرجل والمرأة ولا يفرق
بينهما في الاطعام وقد يفرق بين المساكين في الاطعام إذا غدوا وعشوا فإن كل واحد منهما يأكل
شبعه سواء زاد على المد أو نقص منه (مسئلة) وإن كسا صبياً صغيراً فقد قال ابن حبيب يعطى
كل صغير مثل كسوة الكبير وقاله ابن المواز وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه لم يعجبه
كسوة الأصغر بحال وكان يقول من أخذ منهم بالصلاة فله أن يكسوه قميصاً مما يجزى به فعلى هذا
يعطى الصغير الذي بلغ حد الأهر الذي بلغ في الصلاة قميصاً يجزى به في الصلاة وهو دون قميص الرجل
فالأظهر عندي أن يكون ذلك حداً أقل ما يعطى من صغر ممن يكسى على هذه المقالة ممن أهر بالصلاة
من الرجال والنساء (مسئلة) وإذا كفر بالكسوة أو الاطعام فاختار أن تكون الكفارة
كلها كسوة أو اطعاماً فإن كسا خمسة وأطعم خمسة فاختلف قول ابن القاسم فيه فقال يجزى به وأظنه
قول مالك وقال لا يجزى به قال أشهب ويضيف إلى ما شاء منها تمام العشرة وجه القول الأول أن
جميع ما أخرجه مصروف إلى المساكين فإذا كان مما يجزى الكفارة منه بانفراده جاز أن يجمع
إلى ما يجزى منه أصله إذا كانت طعاماً كلها أو كسوة كلها وجه القول الثاني أن الكفارة
لا تصح من جنسين كالكسوة والعنق ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يكفر
عن يمينه باطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من حنطة وكان يعتق المرار إذا وكدا اليمين ﴿
ش قوله رضي الله عنه أنه كان يكفر عن يمينه باطعام عشرة مساكين وهذا يقتضي اعتبار عشرة
مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم

(فصل) وقوله وكان يعتق المرار إذا وكدا اليمين يقتضي أن ذلك كان يتكرر وذلك جائز في الحنث
في اليمين والتكفير والأصل في ذلك ما روى عن أبي موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
واني والله إن شاء الله لأحلف على يمين فأرى غير ما خيرا منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير
وما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لأن يبلغ أحدكم بيمينه في أهله آثم له عند الله

كساهن ثوبين ثوبين درعا
وخارا وذلك أدنى
ما يجزى كلاً في صلاته
﴿ وحدثنى عن مالك عن
نافع عن عبد الله بن عمر
أنه كان يكفر عن يمينه
باطعام عشرة مساكين
لكل مسكين مد من
حنطة وكان يعتق المرار
إذا وكدا اليمين

من أن يعطى كفارته التي افترض الله عليه (مسئلة) فان تكررت الأيمان وتكرر الحنث فيها جازله أن يعتق في بعضها ويطعم في بعضها ويكسوف في بعضها الا أنه يكون العتق عن كفارة مفردة وكذلك الكسوة وقد تقدم ذكره فان أطعم في يوم واحد عن كفارتين فأطعم عشرين مسكيناً عن كفارتين أجزاء ما لم ينو أن يكون كل مسكين أعطاه عن كفارتين وكذلك لو أعتق وأطعم وكسا وعليه ثلاث كفارات أجزاء ما لم ينو أن يكون كل شيء من ذلك عن جميع الكفارات لانه اذا لم ينو ذلك لم تنصرف كفارة كل واحدة الا الى يمين ولا يلزمه التبعين أن تكون كل كفارة ليمين معينة بل يجزئه أن يكفر واحدة من أيمانه اذا كان عليه أيمان خنث فيها وان لم يعينها (مسئلة) فان أطعم عشرة مساكين مدامداً عن كفارة ثم أعاد عليهم عن كفارة أخرى فقد كره مالك ذلك فقال لا يفعل الا بعد أيام وقال ابن القاسم ان أطعمهم بعد أيام أجزاء وكذلك ان كساهم بعد ان عروا من الكسوة الأولى انتهى

جامع الأيمان

جامع الأيمان
حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أدرك عمر
ابن الخطاب رضي الله
عنه وهو يسير في ركب
وهو يحلف بآية فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان الله ينهاكم أن
تحلفوا بآية بآية من كان
حالفاً يحلف بالله أو ليصمت

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بآية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآية بآية من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت * ش قوله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآية بآية تخصيصاً للنبي بالحلف بالآية أحد هما لكثرة استعمال العرب له فقصد الى النبي عنه . والثاني انه هو الذي سمع صلى الله عليه وسلم من عمر رضي الله عنه وهو مما لا يجوز فقصد به بالنبي ثم عم بعد ذلك النبي عن الحلف بغير الله وقصر الحلف عليه تعالى فقال من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت فغير بين الحلف والصمت وذلك يتضمن المنع من الحلف بغير الله لانه ليس من جملة المباح الذي هو خير فيه بل ما تقدمه عن أن يحلف حالف بآية دليل على أنه لم يرج غير ما خيره من الحلف بالله خاصة فمن تعداه فلا يتعداه الا الى الصمت وعلى هذا جماعة المسلمين امتثالاً لأمر النبي صلى الله عليه وسلم فلا يجوز لاحد أن يحلف بالشمس ولا بالقمر ولا بالنجوم ولا بالسما ولا بالأرض ولا بشيء من المخلوقات ومن حلف بذلك فقد أثم ولا شيء عليه وقد روى عن عبد الله بن عباس أنه قال لان أحلف بالله فأثم أحب الى من أن أظاهر وروى عن عبد الله بن مسعود أنه قال لان أحلف بالله كاذباً أحب الى من أن أحلف بغيره «سادقاً فان اعترض معترض بما جاء من ذلك في القرآن من قوله تعالى والسما ذات البروج والسما والطارق والشمس وضحاها والليل اذا يغشى وبغير ذلك ففيه قولان أحدهما أن تقدير ذلك ورب الشمس وضحاها ورب السما والطارق والثاني انه تعالى يختص بذلك لان له أن يقسم بما شاء لانه معبود وقد أعلمنا النبي صلى الله عليه وسلم ان ذلك محذور علينا فلا يجوز لنا القسم بشيء من ذلك (مسئلة) ومن حلف باللات والعزى أو بالطواغيت فقد أثم ولا كفارة عليه ان حنث وقال أبو حنيفة والثوري عليه كفارة يمين والدليل على ما نقوله ما روى حميد بن عبد الرحمن ابن عوف عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال في يمينه باللات والعزى فليقل لا اله الا الله ومن قال لصاحبه تعال أقامرك فليصدق وما روى أبو قلابة عن ثابت بن الضحاك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على ملة غير الاسلام فهو كمال معناه والله أعلم معتقداً لذلك ولذلك أمر من حلف باللات والعزى وأظهر حلفاً ظاهره الكفر أن يعاود بالنهليل ولفظ

التوحيد الذي ينفي الكفر والظاهر من هذا موجب قوله دون غيره لانه لو وجبت عليه الكفارة لقرن الأمر بها بالأمر بكلمة التوحيد ص ﴿ مالكا انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول لا ومقلب القلوب ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا ومقلب القلوب على سبيل القسم ويقتضى ذلك انه كان يكثر القسم به ولعله صلى الله عليه وسلم كان يواطىء على ذلك تنبيها على ما ينفرذ به تعالى من تقلب القلوب من الرضا بالشئ الى الكراهية ومن العزم على الفعل الى العزم على الترك وفي ذلك معنى آخر وهو انه يجوز الحلف في أسماء الله وأضافه بغير الله فيجوز أن يحلف الخالف فيقول لا وخالق الخلق وباسط الرزق ومدبر الأمور وفالق الاصباح وجاعل الليل سكنا وما جرى مجرى ذلك ص ﴿ مالكا عن عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة عن ابن شهاب انه بلغه ان أبا لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال يا رسول الله أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجورك وأنتخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزئك من ذلك الثلث ﴾ ش قوله ان أبا لبابة بن عبد المنذر قال حين تاب الله عليه أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب على وجه المبالغة في الاقلاع عن الذنب وترك كل ما كان سببا اليه فقد يكون مقامه ببلده أو ماله بها من مال المساكين والمال سبب ذلك الذنب وقد يكون سببه بعده عن النبي صلى الله عليه وسلم حين لم يجاوره فيعظه وينهاه ويعلمه ولذلك قال وأجورك

(فصل) وقوله وأنتخلع من مالي صدقة الى الله ورسوله يريد التقرب بذلك الى الله تعالى والشكر له تعالى على توبته بعد تورطه في الذنب

(فصل) وقوله يجزئك من ذلك الثلث ظاهره انه قد كان التزم الصدقة بجميع ماله ولذلك قال له يجزئك من ذلك الثلث لان هذا اللفظ انما يستعمل فيما يلزم الانسان فيه حكم فيقال له يجزئك من ذلك كذا ولو كان أمر الم يلزمه بعد لقال تصدق بثلث مالك وأمسك على نفسك الباقي لكيفيك عن الحاجة الى الناس كما قال سعد بن أبي وقاص قالت يا رسول الله أوصي بما لي كله قال لا قلت بالشرط قال لا قلت بالثلث فقال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثيرا وكبير وقد اختلف العلماء فمن حلف بصدقة ماله فحنت فقال مالك يجزئه من ذلك الثلث وقال أبو حنيفة يخرج جميعه من الغين والحرث والماشية دون سائر أمواله وقال إبراهيم النخعي يخرج جميع ماله وان ثبت حديث أبي لبابة فانه يتناول على انه لم يكن أوجب بعد وان معنى يجزئك من ذلك الثلث انه يجزئك من غاية النهاية فيما يتقرب به الى الله عز وجل فان اخراج الانسان جميع ماله ابتداء ويبقى عالة ممنوع منه والافضل له استبقاء أكثره بقوله تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا وقال تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهذا فيما يفعله الانسان ابتداء فاما ما قد التزمه فانه يلزمه كالطلاق وهو ممنوع من ايقاع الثلاث وانما أليحت له واحدة فان أوقع الثلاث لزمته وجه ما ذهب اليه مالك حديث أبي لبابة يجزئك من ذلك الثلث وظاهره ما قلنا ومن جهة المعنى ان استيعاب المال بالصدقة ممنوع فوجب أن يؤثر هذا المنع في العدول عنه وأن لا يبطل في الجملة لان النقص لا يتناول البعض فوجب رده الى الثلث كالوصية (مسئله) اذ قلنا انه لا يجب عليه اخراج جميعه فانه يجزئه من ذلك الثلث سواء كان ماله قليلا أو كثيرا وبه قال الزهري وقال ابن وهب ان كان غنيا لزمه أن يخرج ثلث ماله وان كان قليل المال يجحف به اخراج ثلث ماله أجزأه أن يخرج زكاة ماله وان كان فقيرا فكفارة يمين وقال الشافعي عليه على كل حال كفارة

• وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول لا ومقلب القلوب • وحدثني عن مالك عن عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة عن ابن شهاب أنه بلغه أن أبا لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال يا رسول الله أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجورك وأنتخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزئك من ذلك الثلث

يمين والدليل على صحة ما نقوله ان هذا التزام لا ذكر فيه اليمين ولا يصرف عن ظاهره للقربة فلم تجب
 به كفارة يمين كالموندر صوما أو صلاة (مسئلة) وهذا اذا علق الصدقة على جميع ماله فان علقها على
 جزء من جميع ماله فان عليه غرم جميع ذلك الجزء من ماله كقوله الربع أو النصف أو التسعة أعشار
 لزمه اخراج ذلك كله ولم يقتصر منه على الثلث وفي النوادر روى عن ابن وهب عن مالك يقتصر
 من ذلك على الثلث وجه القول الأول ان حلفه بصدقة ماله قد تناول لفظ المال على وجه عام يحتمل
 التخصيص وليس فيه دليل على الاستيعاب غير ما يقتضيه اللفظ واذا علقه بجزء منه فقد علقه على
 جزء مخصوص من الجملة فكان ذلك دليلا على أن المراد باللفظ بمنزلة التعيين والتعين أقوى في تعلق
 الاحكام به من المطلق ووجه الرواية الثانية انه اخراج مال على وجه يمنع من استيعابه ولا يمنع من
 ابعاضه فوجب رده الى الثلث كالوصية (مسئلة) ومن تصدق بشئ معين وهو جميع ماله فالمشهور
 من المذهب انه يلزمه اخراج جميعه وفي النوادر عن ابن نافع يجرئه الثلث وجه القول الأول أن
 تعليق الاحكام بمعين يقتضي من اختصاصها به ما لا يقتضيه تعليقها بلفظ عام ألا ترى ان من أخبر لقد
 رأى بني زيد كان صادقا اذا رأى بعضهم ولو أراد بقوله ذلك التخصيص واذا قال لم أرهم وأراد بذلك
 جميعهم كان صادقا اذا رأى بعضهم وأراد الجميع تعلق الحكم بجميعهم في تعليق الرؤية بجميعهم
 ونفيها عنهم واذا عين زيدا اختص هذا الحكم به اختصاصا لا يجوز غيره ولا يحتمل من التخصيص
 ما احتمله عدم التغير فلذلك اذا حلف بصدقة ماله لم يلزمه اخراج جميع ماله لان اللفظ يحتمل الجميع
 ويحتمل البعض وان كان في الجميع أظهر واذا عين عبدا أو ثوبا لزمه اخراج جميعه لان ما علق عليه
 الحلف معين لا يحتمل التخصيص فلزمه لذلك اخراج جميعه ووجه الرواية الثانية ان اخلف بصدقة
 جميع المال يقتضي الرد الى الثلث كالحلف بجميع ماله (مسئلة) ومن حلف بصدقة عدد من ماله
 مثل أن يحلف بصدقة مائة دينار من ماله لزمه اخراج جميعها وان لم يف بها ماله بقي باقي ذلك في ذمته دينار
 عليه رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه ووجه ذلك ان هذا نوع من التعيين ويجب استيعابه ويجب
 على رواية ابن وهب وقول ابن نافع أن يرد في ذلك كله الى ثلث المال ما لا يلزمه سواه والله أعلم (مسئلة)
 ومن حلف بصدقة ماله مرة بعد مرة فليس عليه الا ثلث واحد رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه
 وهو في كتاب ابن المواز واختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال يخرج عن اليمين الأولى ثلث ماله ثم
 يخرج ثلث ما بقي عن اليمين الثانية وبه قال أشهب وجه القول الأول ان اليمين بصدقة المال مبنية
 على الرد الى الثلث فتي تكررت لم يقض الا ثلثا واحدا أصل ذلك الوصية لو صي بثلث ماله أو جميع
 ماله مرة بعد مرة لم يلزمه غير ثلث واحد والله أعلم ووجه الرواية الثانية ان كل يمين منها يمين صدقة بمال
 فكان لها حكمها كالحلف في شئ لیتصدقن على فلان بدینار ثم حلف في شئ آخر لیتصدقن على
 فلان بدرهم لثبت حكم اليمين (فرع) فاذا قلنا ليس عليه الا ثلث واحد فقد روى يحيى بن يحيى عن
 ابن القاسم انه سواء كانت ايمانه في أوقات مختلفة وايمان مختلفة فحنت فيها كلها أو بعضها في وقت
 واحدا وحنت بعد حنت فليس عليه الا ثلث واحد الا ان يخرج ثم يحلف بعد ذلك فحنت فانه يخرج
 ثلثه مرة ثانية فاما ان يحنت ولا يخرج الثلث حتى يحنت مرة أخرى فليس عليه الا ثلث واحد
 (مسئلة) ومن حلف بصدقة ماله وماله على مقدارها ثم حنت وقد زاد ماله أو نقص فاما يلزمه الثلث
 مما كان بيده يوم اليمين دون النماء قاله مالك سواء زاد ماله بتجارة أو فائدة وروى ابن حبيب الا ان
 يزيد بولادة فيخرج ثلث الأولاد مع ثلث الأمهات وجه القول الأول انه انما يلزمه اليمين فيما كان

يملكه يوم اليمين فاما ملكه بعد ذلك فلم تتناوله يمينه ووجه الرواية الثانية ان هذا ملك يتعلق بالأهات قبل الولادة الى حين الولادة فيعلق بماتلده أصل ذلك تملك الخالف (مسئلة) فان نقص ماله بعد اليمين لم يلزمه الا ثلث ما بقي بيده يوم الحنث قال ابن حبيب ولم يختلفوا في هذا وهذا اذا ذهب ما ذهب منه بأمر من السماء من غير تفريط قال ابن المواز يلزمه ما تلف بسببه ولا يلزمه ما تلف بغير سببه وروى ابن حبيب عن مالك ان ما أنفق منه فهو دين عليه وان ذهب بغير سببه لم يضمن ولا يضر التفريط بعد الحنث وقال سحنون يضمن بالتفريط بعد الحنث وجه قول ابن حبيب انه لا يضره التفريط اذا اخرج الكفارة لين على الفور فتأخير اخرجها لا يوجب عليه الضمان ووجه قول سحنون يحتمل ان يريد به انها على الفور ولانه جزء ما أوجب عليه اخرجها فلزمه بالتفريط كالزكاة (مسئلة) وأما اذا أنفق بعد الحنث فقد قال مالك لاشئ عليه ولا يتبع به دنيا وقال ابن القاسم يضمن كزكاة فرط فيها حتى ذهب المال رواه ابن المواز عنها وجه قول أشهب انه غير مطالب بها وان أنفقها الضرورة وحاجة اليها لم يأنثم بذلك كالم يأنثم الذي وقع على أهله في رمضان اذ علم النبي صلى الله عليه وسلم بحاجته اليها فأمره أن يطعمها أهله ونحن نتأول في ذلك ان الكفارة باقية في ذمته ووجه قول ابن القاسم انه حق لله تعالى يجب عليه اخراجه فان أنفق وجب عليه اخراجه أصل ذلك الزكاة (مسئلة) وهذا اذا حلف بصدقة ما تقدم ملكه عليه وأما اذا حلف بصدقة جميع ما يملكه في المستقبل فقد قال مالك لا يلزمه شئ وان حلف بصدقة ما يستفيد في مصر أو غيرها لزمه ذلك بمنزلة الطلاق (فرع) ومن حلف بصدقة ماله فحنث وله عين ورقيق وحبوب فليخرج ثلث ذلك كله الآن ينوي العين خاصة قال أشهب ويخرج ثلث خدمة المديبر والمعتق الى أجل وقال ابن القاسم لاشئ عليه في مديره ولا معتقه الى أجل الا أن يؤاجرهم فيخرج ثلث الاجرة وجه قول أشهب ان خدمتهم مال له بدليل انه اذا آجرهم أخرج ثلث الاجرة فلزمه ذلك وان لم يؤاجرهم ووجه قول ابن القاسم ان ذلك ليس بمال وانما يصير مالا بالاجارة فهو شئ يستفاد بعد اليمين (فرع) وأما كتابة مكاتبه فقال ابن القاسم يخرج ثلث قيمة الكتابة وان عجز المكاتبون نظر الى قيمة رقابهم فان كانت أكثر من قيمة الكتابة أخرج الفضل * وقال أشهب يخرج ثلث ما يأخذ من المكاتبين وان عجز المكاتب أخرج ثلثه وما يرجع من ذلك بعد موته لم يلزم ورثته فيه شئ رواه ابن المواز كله عنهما ص * مالك عن أيوب بن موسى عن منصور بن عبد الرحمن الحجبي عن أمه عن عائشة أم المؤمنين انها سئلت عن رجل قال مالي في رتاج الكعبة فقالت عائشة رضي الله عنها يكفره ما يكفر اليمين * ش قوله مالي في رتاج الكعبة الرتاج الباب قاله مالك والخطيم ما بين الباب الى المقام رواه ابن القاسم عن بعض الحجبة وقال ابن حبيب الخطيم ما بين الركن الاسود الى الباب الى المقام وعليه يحطم الناس فن قال مالي في رتاج الكعبة فقد كانت عائشة تقول فيه كفارة يمين فأخذ به مالك ثم رجع الى ان لاشئ عليه وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن حبيب وأرى ان يسأل فان نوى أن يكون ماله للكعبة فليدفع ثلثه الى خزنها يصرف في مصالحها فان استغنى عنه بما أقام السلطان لها من ذلك تصدق به وان قال لم انوشيا بذلك ولا أعرف لهذه الكلمة تأويلا فكفارة يمين أحب الى وسواء كان ذلك في نذر أو يمين وجه القول الاول انه لما كانت يمينه خارجة على وجه البر وكانت متعلقة بما لمنفعة فيه كانت بمنزلة النذر المهم كفارته كفارة يمين ووجه الرواية الثانية وعي المشهورة في المدونة وغيرها ان هذه يمين مفسرة عريت عن اسم

* وحدثنى عن مالك عن
أيوب بن موسى عن
منصور بن عبد الرحمن
الحجبي عن أمه عن عائشة
أم المؤمنين رضي الله عنها
انها سئلت عن رجل قال
مالي في رتاج الكعبة
فقلت عائشة يكفره ما
يكفر اليمين

الله وصفاته نطقا ونية وعرفا فلم يجب بها كفارة أصل ذلك إذا نذر القيام أو القعود أو الاتفاق لغير وجه واحتج مالك في ذلك بأن الكعبة لا تنقض ولا ينقض الباب فيجعل مال هذا فيه (مسئلة) وهكذا من قال مالى في الكعبة أو في حطيم الكعبة وأما إذا قال أنا أضرب بمالى رتاج الكعبة أو الكعبة أو الحطيم أو الركن الأسود فإن عليه الحج والعمرة ولا شئ عليه غير ذلك إذا لم يرد حملان ذلك على عنقه ولو أراد حملانه على عنقه وهو مما حرت به العادة أن لا يحمله إلا راجل فإنه يجب عليه المشى الى مكة على نحو ما تقدم ص **قال مالك في الذي يقول مالى في سبيل الله ثم يحنث قال يجعل ثلث ماله في سبيل الله وذلك الذي جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر أبي لبابة** **ش قوله في الذي يقول مالى في سبيل الله فيحنث يجعل ثلث ماله في سبيل الله ما الكلام على الذي يلزم فقد تقدم فيما يغني عن الزيادة عليه فان امتنع من اخراج ذلك في الموازية قال ابن القاسم يجبر على اخراجه باليمن ذلك على وجه اليمن سواء جعل ذلك لمعين أو لغير معين وقال أشهب انما يجبر اذا جعل ذلك لرجل معين فان فعل ذلك للمساكين لم يجبر وجه قول ابن القاسم انه حق لله تعالى تبرع بالتزامه فاجبر على اخراجه كالأول كان لمعين ووجه قول أشهب ما احتج به بأنه حق لغير معين فلا يستحق أحدا المطالبة به وتلزمه عليه الزكاة فانها لغير معين ويجبر على اخراجها**

قال مالك في الذي يقول مالى في سبيل الله ثم يحنث قال يجعل ثلث ماله في سبيل الله وذلك الذي جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر أبي لبابة

(فصل) وأما قوله في سبيل الله فان هذه اللفظة تتناول كل سبيل برّ فان جميع سبيل البر سبيل الله تعالى ولكن جرى عرف الاستعمال لها في الغزو والجهاد والرباط فاذا أطلقت هذه اللفظة حملت على ذلك وسئل مالك عن قال لشي من ماله هو في سبيل الله فقال سبيل الله كثيرة وهذا لا يكون الا في الجهاد فليعط في السواحل والثغور قيل له في جده فقال لا ولم يرجدة مثل سواحل الروم والشام ومصر وذلك انها كانت في وقته تغور الاسلام قيل له انه قد كان في جده خوف فقال انما كان ذلك مرة ولم يكن يرى جده من السواحل التي يربط فيها يعني انها ليست بمكان يخاف لمسالمة من يجاورهم من العدو وامسا كههم عن غزوهم وأذا هم (مسئلة) ومن قال لعبد الله على أن أجعلك في سبيل الله فليجعله في سبيل الله وذلك بأن يبيعه ويدفع ثمنه الى من يغزو من موضعه ان وجد فان لم يجد يبعث بثمنه الى الثغور ومواضع الغزو ووجه ذلك ان العبد ليس بما يصرف في سبيل الله فلذلك يبيع وصرف ثمنه ولو كان عبدا يمكن أن ينتفع به في هذا الوجه لكان الوجه أن ينفذه ولا يبيعه (مسئلة) وان كان ما نذره أو حلف به فرسا أو سلاحا أنفذه بعينه ان وجد من يقبله منه أو مكن حمله وان تعذر ذلك عليه لبعد المكان وعظم المؤنة في نقله باعه وأنفذ ثمنه يصرف في مثله من الاداة والكرراع ومعنى ذلك انه لما كان ما نذر يصلح استعماله في الوجه الذي نذر فيه تعلق النذر بعينه ان أمكن ذلك فان تعذر الموضع وتعذر لما ذكرناه لم يبيعه بثمن يمكن ايصاله ويسهل حمله فاذا وصل حمله نقل الى صفة الاصل لما كانت صفة يمكن استعمالها في هذا الوجه ان أمكن ذلك وبلغ الثمن فان قصر الثمن ففيها كانت منفعتها أو من جنسها أو ما يقرب منها مثل أن يكون سيفاً فيقصر ثمنه عن سيف يشتري به هناك فلا بأس أن يشتري به ربحاً أو غير ذلك مما يستعمل في الحرب ويبلغه ثمن ما يبيع به والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 (كتاب النكاح)
 ﴿ ما جاء في خطبة النساء ﴾

الخطبة بكسر الخاء ما يورد من الخطب في استدعاء النكاح والاجابة اليه وهو في غير ذلك الخطبة بضم الخاء قال أبو اسحق الزجاج الخطبة فيها أول يريد والله أعلم أن الخطبة بكسر الخاء ما يجري من المراجعة والمحاولة للنكاح لانه أمر غير مقدر ولا يتعين له أول ولا آخر لان هذا اللفظ قد يستعمل في كل ما يستدعى به النكاح من القول وان لم يكن مؤلفا على نظم الخطب فيقال فلان يخطب فلانة اذا استدعى نكاحها وان لم يوجد منه لفظ يسمى خطبة ويدل على ما ذهب اليه أبو اسحق الزجاج قوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولم يعن بالخطبة الكلام المؤلف الذي يوافق به عند انعقاد النكاح وانما أراد ما يراجع به القول عند محاولة ذلك ومراوضته والخطبة في استدعاء النكاح مشروعة قال مالك في كتاب محمد بن يحيى مستحبة وهي من الأمور القديمة وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء وقال داود هي واجبة والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور حديث سهل بن سعد الذي يأتي بعده ان شاء الله تعالى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي لم يجد خاتما من خدي قد ملكتها بما معك من القرآن ص ﴿ مالك عن محمد بن يحيى بن حبان عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ﴾ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ﴾ قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه أن يخطب الرجل المرأة فتركن اليه ويتفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا فهي تشتري نفسها فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه ولم يعن بذلك اذا خطب الرجل المرأة ولم يوافقها أمره ولم تركز اليه أن لا يخطبها أحد فهدأ باب فساد يدخل على الناس ﴿ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه نهى أن يخطب امرأة قد خطبها أخوه المسلم ورضيت به ووافقته على صداق معلوم وكذلك روى عن ابن نافع انه أن يخطب مالم يتفق على صداق معلوم على رواية الموطأ وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون ان المرأة اذا أظهرت الرضا بالرجل فعنهى غيره عن أن يخطب تلك المرأة وان لم يتفق على صداق وجه قول ابن نافع ان الموافقة لم تكمل بعدوانما تكمل بالتفويض أو بفرض الصداق وذلك ان كثرة الصداق قد ترغبها فمين تذهب فيه كما أن قلته قد تزهدها فمين ترغب فيه وهو عوض بضعها ومعظم ما يبدله زوجها وجه قول ابن القاسم ما احتج به ابن حبيب من أن ذكر الصداق ليس بشرط في صحة النكاح لانه قد ينقضي من غير تسميته في نكاح التفويض (مسئلة) اذا ثبت ذلك ووجد ما ذكرناه من الموافقة واظهار الرضا فقدم غير ذلك الرجل من خطبتها وان لم يوجد الايجاب بعينه وهذا مع تكافؤ حالتى الرجلين في الدين فأما اذا كان الاول غير مرضى الدين وكان الثاني مرضيا فقد قال ابن القاسم انى لا أرى على من دخل في مثل هذا شيئا ولا أرى الحديث الا في الرجلين المتقاربين وأما صالح وفاسق فلا (مسئلة) ومن خطب على خطبة أخيه فقد روى سمعون عن ابن القاسم في العتية يثوب وان عقبة على ذلك فهل يفسخ نكاحه أو لا روى سمعون عن ابن القاسم

بسم الله الرحمن الرحيم
 ﴿ كتاب النكاح ﴾
 ﴿ ما جاء في الخطبة ﴾
 ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن محمد بن يحيى بن حبان عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ﴾ وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه أن يخطب الرجل المرأة فتركن اليه ويتفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا فهي تشتري نفسها فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه ولم يعن بذلك اذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره ولم تركز اليه أن لا يخطبها أحد فهذا باب فساد يدخل على الناس

لا يفسخ وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يفسخ قبل البناء ولا بعده وبه قال أبو حنيفة والشافعي وروى ابن حبيب عن ابن نافع يفسخ قبل البناء وبعده وروى ابن مزين عن ابن نافع يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده وقال القاضي أبو محمد إن الظاهر من المذهب الفسخ ودليلنا عليه نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ووجه القول الأول أن النهي انما يتعلق بالخطبة دون النكاح فلم يقتض فساد عقد النكاح (فرع) فإذا قلنا لا يفسخ فقد روى العتيبي عن عيسى عن ابن وهب أنه يستحب لهذا العاقد أن يتوب من فعله ويعرضها على الخاطب أولاً فإن حاله رجوت له في ذلك مخرجاً فإن أبي فليفارقه فإن نكحها الأول والأفلهذا أن يأتشف معها نكاحاً قال عيسى وقال ابن القاسم إن لم يحلله فليستغفر الله تعالى ولا شيء عليه وجه قول ابن وهب أن العقد وقع على وجه الكراهية لم يخلق آدمي يستحب أن يخرج له عنه أن لم يحلله منه فإن أسقط حقه عراً عن الكراهية وإن أبي فلا يمكنه الخروج منه إلا بالفراق فإن نكحها الأول والأفلهذا الثاني أحد الخطاب ووجه قول ابن القاسم أن فراقه إياها لا معنى له لأنه حق لم يثبت بعد وكان للمرأة أن تمتنع من نكاح الأول حين خطبة الثاني ولكن يستغفر الله تعالى لمخالفته نهى النبي صلى الله عليه وسلم (فصل) وقوله ولم ينع بذلك إذا خطب الرجل امرأة فلم يوافقها يعني أنها لم تبلغ المبلغ الذي تقدم قبل هذا فيما منع الخطبة أو لم يوافقها وأظهرت وده فلم ينع عنه هذه أن يخطبها سواء قال مالك فهذا باب فساد يدخل على الناس يريد والله أعلم أن مضرة هذا كانت تعم وتشيع لأنه كان يخطب المرأة من لا ترضاه ولا تريد بل ترده فإذا امتنع على الناس خطبتها والتعرض لها بذلك فقد قصرت على الأول الذي كرهته وعلى الرضا بما بذله لها مما ليس بمهر لها وهذا مما يعظم فساده ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه كان يقول في قول الله تبارك وتعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو كنتم في أنفسكم أن يقول الرجل للمرأة وهي في عدتها من وفاة زوجها أنك على لكريمة واني فيك لأغب وإن الله لسائق اليك خيراً ورزقاً ونحو هذا من القول ش * ما ذكر من قول الرجل للمرأة اني فيك لأغب واني عليك لخريص تعريض بالنكاح وهو الذي أباحه الباري تعالى بقوله ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء وقد قال صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس فإذا حلت فاذنيني وفي غير الموطأ فلا تفوتينا بنفسك قال القاضي أبو اسحق في أحكامه وانما يعرض المعرض بالخطبة ليفهم مراده كالتجاوب ينسب التعريض الى الرجل خاصة ولو أن المعرض بالنكاح اقتضى الجواب وبين أنه يريد المواعدة ثم أجابه الذي زوجه بتعريض يفهم منه الاجابة لكرمه ذلك ويدخل في باب المواعدة (مسألة) ولا بأس أن يهدي إليها الهدية فيما رواه ابن حبيب عن مالك قال ولا أحب أن يفتي به الامن فتحجزه التقوى عما رواه ووجه ذلك أنه ليس في الهدية تصريح بالنكاح ولا مواعدة وانما فيه اظهار المودة كقوله اني فيك لأغب واني عليك لخريص قال ابن حبيب ولا يجوز أن يواعدوليها بغير علمها وإن كانت نكاحاً أمراً قال وقد سئل عنه عطاء فنهى عنه ووجه ذلك أن بيده عقدة النكاح وهو القائم به من جهة المرأة فلا يجوز أن يواعد بالنكاح كما لا يجوز أن تواعده المرأة قال يحيى بن مزين والعدنان في ذلك سواء عسدة الوفاة وعدة الطلاق قال وسألت عيسى عن الاطلاع للنظر فقال قد جاءت فيه رخصة وكان مالك لا يراه خوفاً من أن يطلع على عورة ولا بأس أن يستأذن عليها فيدخل والله أعلم وروى محمد بن يحيى عن مالك في المدينة لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك

وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه كان يقول في قول الله تبارك وتعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو كنتم في أنفسكم أن يقول الرجل للمرأة وهي في عدتها من وفاة زوجها أنك على لكريمة واني فيك لأغب وإن الله لسائق اليك خيراً ورزقاً ونحو هذا من القول

لا يعجبني ذلك ويحتمل أن يريد في رواية محمد بن يحيى أن ينظر إليها مغفلا لها إذا علم أن عليها ثيابها وأن ذلك الذي منع في رواية ابن القاسم ويحتمل أن يكون أراد في رواية محمد بن يحيى أن ينظر إليها بعد إعلامها وأن ذلك غير ما منعه ابن القاسم والله أعلم

﴿ استئذان البكر والأيم في أنفسهما ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صماها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها الأيم هي التي لا زوج لها وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل قال الثيب أحق بنفسها من وليها وهو قريب من الأول إلا أن لفظ الأيم لا يستعمل إلا في التي لا زوج لها قط فلا ينطلق عليها اللفظ وقال القاضي أبو اسحق إن الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا بالغاً كانت أو غير بالغ فيخص من ذلك البكر ذات الأب ويعمله على الثيب وعلى البكر اليتيمة وما تقدم أظهر من جهة عرف الاستعمال ومع ذلك فيجعل اللفظ على عمومه دون تخصيص ورواية زياد بن سعد تؤيد ذلك والله أعلم ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها أنه ليس له إجبارها على النكاح ولا نكاحها بغير أذنها وإنما له أن يزوجهها بأذنها ممن رضاه وليس لها هي أن تعقد على نفسها نكاحا ولا تبشره ولا أن تضع نفسها عند غير كفء ولا أن تولى ذلك غير وليها فليكل واحد منهما حق في عقد النكاح ووجه كونها أحق به أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه وإن كرهه الولي ورغبته الأيم عرض على الولي العقد فإن أبي عقده غيره من الأولياء أو السلطان فهذا وجه كونها أحق به من وليها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والبكر تستأذن في نفسها قال ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد عن مالك في المدونة يزید البكر التي لا أب لها لأنها هي التي تستأذن وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد فقال فيه والبكر يستأذن أبوها وصواب هذا الحديث ما رواه مالك وقد تابعه عليه سفيان الثوري وكل واحد منهما إمام إذا انفرد قوله غلب قوله على قول زياد بن سعد فكيف إذا اتفقا على خلافه وقدرناه صالح بن كيسان عن عبد الله بن الفضل فقال فيه واليتيمة تستأمر وهو أثبت من زياد بن سعد وقوله أيضا أولى من جهة النظر ولعل عبد الله بن الفضل لعلمه بالمراد به كان مرة يقول والبكر تستأذن ومرة يقول واليتيمة تستأمر وقد روى هذا الحديث شعبة عن مالك فقال فيه واليتيمة تستأمر ووجه آخر وهو أنه قد روى عن زياد بن سعد والبكر تستأذن بمثل رواية مالك ووجه البكر هو أن الولي لا يزوجها ولا يزوجها بغير إذنها ولا تستأذن وهي اليتيمة التي لم تبلغ المحيض فإن اليتيمة لا تزوج إلا بأذنها والتي لم تبلغ لا يصح أذنها فلا يصح نكاحها وهذا في ذات القدر قال ابن حبيب ليس لوصي ولا لولي نكاح صغيرة حتى تبلغ فإن فعل ففسخ ذلك أبدا وإن طال وكان الولد ورضيت بذلك قاله مالك وأصحابه وقال ابن القاسم في الموازية يفسخ إلا أن يتقدم بعد البناء فيضي وقال أصبح حتى يتقدم وتلد الأولاد ولم ير التامدي عشرة أشهر طولا مع

﴿ استئذان البكر والأيم في أنفسهما ﴾
حدثني مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صماها

الوالد (مسئلة) وأما المحتاجة ففي العتية عن مالك لا زوج حتى تبلغ المحيض وروى عنه في بنت
عشر سنين تطوف وتسل الناس زوجت في غنى برضاها وولت أمرها رجلا فاجازه مالك ولم يجزه
في الصغيرة قال سحنون في العتية وهي رواية ضعيفة

(فصل) وبكر تنكح ولا تستأذن وهي البكر ذات الأب فان الأب يجبرها على النكاح دون اذنها
وان استأذنها فحسن قال ابن حبيب يستحب للأب مؤامرة البكر ويذكر لها الزوج ويختبر من
الأم ومن غيرها رضاها أو كراهيتها وروى أشهب عن مالك ان شاورها فحسن وله أن لا يفعل
(مسئلة) وحد البلوغ المعتبر في ذلك عند مالك المحيض قال ابن حبيب أو بلوغ ثمان عشرة سنة
فتكون كالبالغ واختلف في الالبات فقال ابن القاسم في المحتاجة ان أنبت أو شارفت زوجها
الوصي أو الوالي برضاها وقاله أصبح مرة وقال مرة بل حتى تبلغ ويفسخ قبل ذلك قال ابن حبيب
يفسخ قبل البناء وبغده وان أنبت قال محمد لا يفسخ اذا أنبت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم واذنهما صامتا خض صلى الله عليه وسلم البكر بهذا الحكم لما
يغلب عليهما من الحياء ولما جبل عليه أكثرهن من الامتناع عن التطيق بذلك فعلى هذا لا تسئل اليتيمة
قطعا بالرضا رواه محمد وغيره عن مالك وحكى الاسفرائني ان ذلك على وجهين عندهم أحدهما ان
ذلك في ذات الأب والجد أو أما اليتيمة فانه لا بد لها من النطق بالرضا والدليل على ما نقوله ما روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا
يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فوجه الدليل من الحديث انه قال ولا تنكح البكر حتى
تستأذن والتي لا تنكح حتى تستأذن من الأب بكار هي اليتيمة (مسئلة) وصنات البكر يقتضى
رضاها كما لو أقرت به في رواية ابن القاسم عن مالك وفي المدونة وقال غيره من رواية مالك وذلك اذا
كانت تعلم ان السكوت رضا وظاهر هذا يقتضى انه شرط في ذلك غير ان أكثر أصحابنا ولو اذلك
على وجه الاستحباب وقد استحب مالك من رواية ابن الماجشون ان تعلم البكر ان اذنها صامتا لثلا
تجهل ذلك فتصمت في الكراهية قال الشيخ أبو اسحق يقال لها ذلك ثلاث مرات ان رضيت فاصمتي
وان كرهت فانطقي وقال القاضي أبو محمد في معونه وليس ذلك بشرط في صحة الاذن قال عبد الملك
في كتاب ابن القرطبي ويطيلوا القيام عندها قليلا ومعنى ذلك أن لا تهب وتجهل في دخولهم عليها
فمنعها من المسارعة الى الانكار فيطال المقام عندها قليلا لتستدرك ما تريد وأما البكر التي لأب
لها زوجه أو لها بغير اذنها فيبلغها فتسكت قال ابن القاسم في المدونة لا يكون سكوتها رضا ووجه
ذلك عندي ان رضاها في هذه الحال بمنزلة الاذن لولها في انكاحها وذلك لا يكون الا بالنطق
(مسئلة) قال الشيخ أبو اسحق ان قالت لم يعقد عليها وان قالت قد رضيت جاز ذلك قاله القاضي
أبو محمد وروى محمد عن مالك ان انكارها بالقول دون الصمت وقال الشيخ أبو القاسم انها ان نفرت
أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على كراهية النكاح فلا تنكح مع ذلك ص مالك انه بلغه
عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب لا تنكح المرأة الا باذن ولها أو ذى الرأي من أهلها
أو السلطان ش قوله رضى الله عنه لا تنكح المرأة الا باذن ولها الحديث بحقل معنيين أحدهما
أن لا تنكح نفسها والثاني أن لا ينكحها من الناس من ليس بولى لها وكذا الوجهين عندنا ممنوع
قال ابن حبيب في واخوته ولا يجوز نكاح امرأة بكر أو كانت أو شابة كانت أو عجوزا غنية كانت أو
فقيرة شريفة كانت أو وضيعة الا بولى يعقد نكاحها فان لم يكن لها ولى فالسلطان ولى من لا ولى له فأما

* وحدثني عن مالك انه
بلغه عن سعيد بن المسيب
انه قال قال عمر بن الخطاب
لا تنكح المرأة الا باذن
ولها أو ذى الرأي من أهلها
أو السلطان

قولنا انها لا تنكح بنفسها فهو قولنا وقول الشافعي وقال أبو حنيفة تعقد المرأة نكاحها وتكون وليا
لغيرها اذا كانت عاقلة رشيدة والدليل على ما نقوله قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا
تعضوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف فلنا من الآية دليلان الظاهر والسبب
فاما الظاهر فانه تعالى نهى الأولياء عن منع النساء النكاح عند بلوغ الأجل فلو لا ان الولاية للرجل
في العقد لما صح العزل والمنع من النكاح كما لا يصح منعهن من التصرف في أموالهن وأما السبب
فهو ما رواه البخاري حدثنا أحمد بن أبي عمر حدثني أبي حدثني إبراهيم عن يونس عن الحسن فلا
تعضوهن قال حدثني معقل بن يسار زلت فيه قال زوجت أختي لرجل فطلقها حتى اذا انقضت
عدها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وقدمتك وأكرمته فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود
اليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأزل الله تعالى الآية فلا تعضوهن
قلت الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه والرجل المذكور هو (١) فثبت بهذا الحديث ان العزل
هو أن يمنع من انكاحها فيكون ذلك منعها من النكاح والالم تحتاج المرأة وهي تريد زوجها الى
انكاح معقل لها كما لم يكن يحتاج اليه فيما تريد من بيع أو شراء ودليلنا من جهة السنة ما رواه سليمان
ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت
بغير إذن مواليها فنكاحها باطل ثلاث مرات فان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها وان تشاجرا
فالسultan ولي من لا ولي له ودليلنا من جهة القياس ان المرأة ناقصة من جهة الأنوثة فوجب أن
لا ينفذ منها عقد النكاح أصله الصغيرة والأمة (مسئلة) اذا ثبت انه لا نكاح الا بولي فالولاية
على ضربين خاصة وعامة فالخاصة على قسمين ولاية نسب وولاية حكم فأما ولاية النسب فهي لكل
عاصب للمرأة كالابن والأب والأخ وابن الأخ والجد والعم وابن العم قرب أو بعد اذا كان له تعصيب وكل
من له عليها ولاء من الرجال قال القاضي أبو محمد والمولى من العصبة وقال الشيخ أبو القاسم في
تفريعه والمولى من أسفل يعقد وان لم يكن له تعصيب (فرع) اذا ثبت ذلك فالولاية الخاصة
بالنسب على نوعين قرابة قرينة وقرابة ليست بقرينة فالقرابة القريبة كالابن وبنه والأب وآبائه
والاخوة وبنهم والأعمام وبنهم دنية وأولاهم بذلك في المشهور من قول مالك الابن ثم الأب
ووجدت في بعض الكتب عن المدنيين عن مالك ان الأب أولى من الابن وهذا أحد أقوال أبي حنيفة
وجه القول الأول أن الابن أقوى تعصيا بدليل انه أحق من الأب بالولاء الذي يستفاد بالتعصيب
وبدليل انه اذا اجتمع تعصيهما بطل تعصيب الأب وجه القول الثاني ان الابن لا ينتسب اليه
ولا ينتسب ان الى شخص والأب ينتسب اليه بدليل ان الجدا حق بالميراث من الاخوة (فرع) فاذا
قلنا بالمشهور من المذهب فالابن وابن الابن وان أسفل أحق من الأب ثم الأب ثم الاخوة للأب والأم
ثم الاخوة للأب هذا المشهور من المذهب وروى عن المغيرة انه قال الجدا أولى من الاخوة وهو
على نحو ما تقدم ثم بعد الاخوة على قول مالك الجد ثم العم ثم ابن العم فان لم يكن عصبة فالمولى من
فوق رواه ابن حبيب عن مالك (مسئلة) فان تساوا وفي القعد فقد قال ابن حبيب عن مالك
ذلك الى أفضلهم وان تساوا وفي الفضل فالى أسبهم فان تساوا وفي ذلك فالى جميعهم يجتمعون
في عقدون عليها وروى ابن القاسم عن مالك انهم اذا اختلفوا وهم في القعد سواء رفع ذلك الى
السultan فينظر فيه قال بعض القرويين يريد أن الولين اذا استويا فن رضيت هي أن يعقد عليها
كان ذلك له دون السultan وهذا الذي قاله فيه نظر لانه انما قال ان اختلفوا وهم في القعد سواء

(١) ينظر اسم الرجل في
محله من كتب السنة

نظر السلطان ولم يقل خيزت المرأة وإنما يكون ذلك إذا أنفذ العقد باختيار المرأة فليس لغيره من الأولياء الاعتراض ولو كان أقرب من العائد وأما ان منع من ذلك قبل العقد فان السلطان ينظر فيه وقد روى ابن حبيب عن مالك ان سبق أحدهم فقدم مضى استووا في الفضل أو اختلفوا وقال مع ذلك ولا يجوز للمرأة أن تستخلف على نفسها وليا ولا غيره لان الولي قد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حقه حين قال لا نكاح الا بولي وإنما الى المرأة الرضا بالزوج والمهر وهذا القول مخالف لظاهر ما في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك وقول ابن حبيب مبنى على انه حق للولي على ما رواه ابن المواز في كتابه فليس للمرأة منعه منه وما في المدونة مبنى على انه حق للمرأة فلها أن تخص به من شاءت من أولياءها بحق النظر لها ولا يخلو مع ذلك أن يكون فيه حق لجماعة الأولياء (فرع) فان عقدا لا بعد مع وجود الأقرب ففي المدونة انه ينفذ وروى أبو يزيد في ثمانية عن ابن الماجشون انه ان زوجها الأب دون الابن أو زوجها الأخ دون الأب انه يفسخ ما لم يدخل بها فان دخل بها لم يفسخ وهذا مبنى على ما تقدم (مسألة) وأما النوع الثاني من القرابة وهي التي ليست بقريبة فقتل مالك في المدونة ذوالرأى من أهلها هو الرجل من العشيرة أو ابن العم أو المولى وروى ابن نافع عن مالك انه الأول من عصبتها وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن العشيرة قد تعظم فانما هو الرجل من البطن التي هي منه أو من بطن من أعتقها لآل البطن ألصق من العشيرة (مسألة) اذ اثبت ذلك فقد روى ابن حبيب في واصله عن مالك ان الأولياء اذا تابعوا جدا مثل ابن عم غير ذنية والمولى فذلك فيهم أسهل لأبأس أن يلي ذلك منهم ذوالحال والسن وان كان غيره أقرب منه ووجه ذلك ان القرابات اذا تابعت حتى يضعف التعصيب وسبب الغيرة ولحوق العار ويجب أن يراعى فيه الصلاح والدين والحال المانعة من الرضا بالذنيات وترك المبالغة في النصح (فرع) وان عقدا لا بعد مع وجود الأقرب ففي المدونة ان ذلك جائز نافذوا كثرالرواية يقولون لا يزوجه ولي وثم أولى منه حاضر فان فعل نظر السلطان في ذلك وقال آخرون للأب أن يرد أو يجيز الا أن يطيل مكثها وتلد منها أولادا قال ابن حبيب عن مالك وذلك ما لم يكن الولي الأقرب حاضر يصلح ان غيره عقد على وليته فان ذلك يعمل منه على الرضا

(فعل) وقوله أو السلطان يريد والله أعلم من له حكم من امام أو قاض فانه يزوجه مع عدم الولي وأما مع الولي فقد روى أصبغ عن ابن القاسم انه قال ليس للسلطان أن يزوجه امرأة رفعت أمرها اليه وسأله أن يزوجه حتى يسأل أهلها أم لا فان ثبت عنده بأهل العدل من أهل المعرفة بها من جيرانها أو غيرهم انه لا ولي لها يزوجه وان كان لها ولي لم يزوجه حتى يدعو وليها فان أبي من انكاحها سأله عن وجه امتناعه فان استصوب ما قال ردها الى رأيها وان رأى غير ذلك أمره بانكاحها فان أبي زوجها (فرع) ولو بدر السلطان أو ذو الرأي من أهلها فأنكحها أحدهما مع حضرة الولي الا بعد ففي المدونة عن المرأة يزوجه القاضي من نفسه ولها ولي انه ليس للولي في ذلك رأى ولم ير له فسخ وقال ان الحديث الذي جاء عن عمر بن الخطاب انه قال لا ينكح المرأة الا وليها أو ذو الرأي من أهلها أو السلطان فهذا سلطان وليس معنى ذلك انه انما يزوجه السلطان اذا لم يكن لها ولي وإنما جعل عمر النكاح بينهم في هذا الحديث وقال ان الرجل من العشيرة أو الولي يزوجه المرأة العربية فانه يجوز انكاحه وان كان ثم من هو أقدم منه وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم انه تأول في قول عمر لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان انما ذلك على المساواة قال

عبد الملك ولو كان ذلك كذلك لكان قول مالك وأصحابه مردودا حين قدموا الاقعد على الأبعد
وانما معنى ذلك اذا لم يكن لها ولي من ولاية القرابة والرحم فذو الرأى من أهلها أو السلطان عند ذلك
بمثابة الولي (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فان السلطان يقدم على ذي الرأى من أهلها
فان عقد النكاح ذوالرأى مضي ولم يرد رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون (مسألة) وأما
الولاية العامة فهي ولاية الاسلام والأصل في ذلك قوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء
بعض فان عقد النكاح أجنبي مؤمن فلا تخلو المرأة أن يكون لها ولي من قرابتها وعصبتها أولا يكون
لها ولي حاضر غير الحالكم وان كان لها ولي حاضر فلا يخلو أن يملك الاجبار كالأب والسيد أو
لا يملكه فان كان ممن يملكه فسخ النكاح على كل حال وليس للأب ولا للسيد اجازته وقد حكى
القاضي أبو محمد ان في السيد وايتين (فرع) فان كان ولها لا يملك الاجبار كالأب في الثيب
وسائر العصبه في البكر والثيب فقد قال ابن القاسم في المدونة ان أجازة الولي قبل البناء أو بعده
جاز وان رده قبل البناء أو بعده رد ما لم يطل ويكون صوابا وقد توقف مالك في الجواز عنه اذا
أجازة الولي بالقرب وقال ابن نافع وعلي بن زياد لا يجوز وان أجازة الولي وقال القاضي أبو محمد ان
زوجها الأجنبي مع القدرة على ولي بالنسب أو الحالكم ففيها روايتان أحدهما ان ذلك غير جائز
والثانية ان النكاح ماض اذا تزوجت كفوا وجه الرواية الأولى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ومن جهة المعنى أن اباحة ذلك مسقط لولاية الأولياء
فوجب أن يمنع كالمعقدت المرأة على نفسها ووجه الرواية الثانية قوله تبارك وتعالى والمؤمنون
والمؤمنات بعضهم أولياء بعضهم فأثبت الولاية بالإيمان ودليلنا من جهة المعنى ان هذه ولاية ثابتة
بالشرع فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحالكم (فرع) فاذا قلنا لا يجوز ذلك في
ذات الحال فهل يجوز ذلك في الدنية قال القاضي أبو محمد في ذلك أيضا روايتان والأظهر أن
النكاح جائز وجه رواية المنع ان هذه ذات ولي بنسب أو حالكم فلم يكن للأجنبي عقد نكاحها
كذات الحال ووجه رواية الاجازة ان الدنية يتعذر عليها رفع أمرها الى الحالكم فلو كلفت ذلك
لاضربها وتعذر نكاحها (مسألة) وأما اذا لم يكن لها ولي بنسب ففي الموازية من رواية
أشهب عن مالك في المدينة تولى رجلا نكحها نهى عن ذلك وقال اذا عمل به ضاعت الفروج
وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها أو تكون في البادية يجوز لها ذلك اذا لم تضع نفسها
في دناءة وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها الى السلطان وروى ابن القاسم في الواخعة في الدنية
ليس لها ولي بقرابة ولا ولاية يجوز أن يزوجهما الأجنبي دون الامام وأبكر ابن الماجشون رواية
ابن القاسم وقال انما قال ذلك مالك في الأعجمية تعمد للرجل فيلي منها ما يلي من مولاه لا بأس أن
يعقد نكاحها باذنها اذا لم يكن لها ولي وأما ذات الحال والنسب فلا (فرع) فاذا قلنا بالمنع
فزوجها أجنبي فقد قال ابن القاسم في الموازية للولي والسلطان فسخ ذلك وكتب مالك الى ابن غانم
اذا زوجها الأجنبي وأولياؤها غيب فرفع الى السلطان لا ينظر فيه الآن يقدم الولي فيطلب
الفسخ فيفسخ الا فيما تطاول مع الولادة وأما التي لا خطب لها وليست من العرب فلا يفسخ وان
قرب فأما القول الأول فبني على المساواة بين الولي والسلطان في استحقاق عقد النكاح وأما
القول الثاني فبني على تقديم الولي (فرع) فان ظهر على ذلك قبل البناء فلا عقوبة عليهما
اذا كان النكاح مشهورا وان بني عوقبا جميعا ومن تولى العقد ومن علم من الشهود والفسخ بطلقة

بأنه ووجه ذلك انه اذا فسخ قبل البناء فلم يوجد غير العقد بالقول وأما اذا فسخ بعد البناء فقد وجد
منهما التسبب الى انتهاك حرمة البضع والقصد الى استباحته من غير اذن الولي
(فصل) اذ اثبت أن هذا حكم الولاية الخاصة والعامة فهنا معان تمنع من عقد النكاح بها * ويبطل
معنى الولاية ستة معان الصغر والجنون والسفه الموجب للحجر أو المقترب بالحجر على اختلاف
أصحابنا في ذلك والأنوثة والرق والكفر فأما الصغر والجنون فلعدم التكليف وأما السفه ففي
الموازاة عن ابن القاسم زوج السفية ابنته وليس له ذلك الا باذن وليه وقال ابن وهب ولي السفية
أولى بالنكاح بناته وامانه ولا أمر له فحين وان كان يستحب حضوره فلا تضر غيبته وقال أشهب
يزوجها وليها اذا كان ذار أي اذا لم يول عليه وان كان سفيها وهو نحو قول ابن وهب فالخلاف بين
ابن القاسم وابن وهب يتقدر في أن السفية أولى بالعقد عند ابن القاسم والولي أولى به عند ابن وهب
وجه قول ابن القاسم ان الولاية عليه انما هي في ماله وأما اذا كان معه من الميز ما يأنف به من وضع
وليته عند غير كفؤ فهو أولى بالعقد الا أن يكون من الضعف بحيث لا يظن به مثل هذا ويكون
حضوره فيه كغيبه فقد قال ابن القاسم لا يعقد وانما اعتبر مع ذلك ابن القاسم اذن الولي لئلا يخلو من
تسديده ووجه قول ابن وهب ان ذلك في السيد المحجور عليه لان الحجر عليه ينافي عقده وأما اذا
لم يكن محجورا عليه فنكاحه ماض وان كان فعله صوابا يشير الى اعتبار ذلك فان لم يثبت ما يوجب
الفسخ والرد أمضى قال أصبغ قول ابن وهب قال محمد الا قوله ان لم يكن له ولي جاز وذلك كله ان
كان له ولي أو لم يكن له ولي ينظر فيه فيجأز أو يرد بالاجتهاد فأشار الى أنه يجوز عقده وان كان
محجورا عليه وانما يرد أن يبين فيه ما يوجب رده فأشار الى انه يجوز عقده وان كان محجورا عليه
وقد قال ابن وهب ان السفية الذي يولى عليه ان عقده كان لوليه اجازته أو رده ففروا بين وهب وبين
المحجور عليه وبين غيره في ان المحجور عليه يرد الولي ان شاء نكاحه وغير المحجور عليه لا يرد
انكاحه ولله الالوجه بين وعند ابن الموازي كان حق المرأة لم يرد الالوجه يقتضي ذلك ويبين وجه
الاجتهاد فنه والله أعلم قال ابن وهب والأخ السفية في أخته بمنزلته في ابنته قال أشهب في العتية
نحوه في الأخت وقال أبو عبد الله بن العطار في مولى عليه من أب أو ابن عم ليس لواحد منهما أن
يعقد نكاحها فان فعل فسخ ويعقد لها وصي الولي أو وصي الأب ويعقد لها القاضي أو السلطان
فان كن ابكارا زوجهن وصي الأب ويسمع منهن وان كان بأمر القاضي فهو آثم (مسألة)
وأما الأنوثة فقد تقدم ذكرها وأما الرق ففي المدونة والموازاة عن مالك ان عقد السيد نكاح ابنته
الحرّة أو غيره أو نكاح أمته أو غيرها من النساء لم يجز وان أذن فيه الأولياء قبل العقد أو أجاز به بعد
العقد ويفسخ قبل البناء وبعده وان طال الزمان وولدت الأولاد كانت دينية أو ذات قدر وفسخه
بطلقة وان دخل بها فلها المهر المسمى وكذلك ان عقده من فيه بغير رق من مكاتب أو مدبر أو معتق
بعضه وان كانت ابنته بكرا ووجه ذلك ان فيه من النقص ما يمنع قبول شهادته مع الصلاح فلم يجز
أن يعقد على البضع أصل ذلك المرأة (فرع) فان قدم من يزوجهها فقد قال ابن حبيب يفسخ
وان فئت بالبناء وقد قال مالك في العبد الموصى اليه يقدم من يزوج اليتيم وقال مالك في المدونة
يقدم المكاتب من يزوج ابنته ومعنى ذلك ان ابنته الحرّة لا ولاية له عليها فاذا استخلف من يعقد
نكاحها فهو بمنزلة أن يستخلفه أجنبي والله أعلم (مسألة) وأما الكفر ففي المدونة لا يجوز
أن يعقد النصراني نكاح المسلمة قال في العتية عيسى عن ابن القاسم في مسلم أو صبي الى نصراني

وتزوج بناته لا يجوز ايضاؤه الا أن يرى الامام له وجهها فيمضي الوصية ويوكل النصراني من يزوجهن من المسلمين ووجه ذلك أن النقص في الدين يمنع عقد النكاح على الابضاع فبان بمنعه ذهاب الدين جله أولى (فرع) فاذا قلنا يستخلف من يزوج اليتيمة الموصى بها اليه فانه لا يجوز أن يستخلف من يزوج ابنته المسلمة لما قدمناه رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية (فرع) وأما المسلم يزوج أخته النصرانية ففي المدونة سئل عنها مالك وقال أمن نساء الجزية هي قيل نعم قال لا يجوز ذلك ماله ومالها قال الله تعالى ما لكم من ولايتهم من شيء قال عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب للمسلم أن يعقد نكاح ابنته النصرانية لمسلم وان كان لنصراني فلا يليها أبوها وجه القول الاول اختلاف الدينين كما لو كان الأب نصرانيا وهي مسلمة ووجه القول الثاني ان عقد المسلم على النصرانية غير مفسد للنكاح كالسيد المسلم يزوج أخته النصرانية من مسلم أو نصراني (فرع) فاذا قلنا بقول مالك ففي الموازية عن مالك لا يزوج النصرانية وليها المسلم من مسلم ان كانت حرة ذمية وان كانت معتقة فذلك له قال وكذلك لمولاها انكاحها من المسلم وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يزوج المسلم النصرانية أخته كانت أو أمتة واذا رفعت أمرها الى الامام ردها الى أهل دينها (مسألة) وأما انكاح السكران ففي العتبية لابن القاسم عن مالك لا يجوز نكاح السكران ويلزمه طلاقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ سبيل السكران في نكاحه وانكاحه سبيل المعتوم لا يلزمه منه شيء وروى سحنون عن ابن نافع يجوز عليه كل ما فعل من بيع وغيره فقول مالك لا يجوز نكاحه يقتضي المنع من صحته لنقصه ولذلك أزمه طلاقه ورواية ابن حبيب أنه بمنزلة المعتوم يقتضي أنه لا يجوز ذلك منه لعدم عقله وميزه أو بعض ذلك وقول ابن نافع تجوز أفعاله يقتضي أنه بقي معه عقله وميزه ما يصح به قصده واختياره فيلزمه عقده ولو يتيقن أنه لم يبق معه ميزه لما لزمه شيء من ذلك وهذا لا يكون الا اذا بلغ حد المغمى عليه فلا يصح منه قصد ولا عقد والله أعلم (مسألة) وأما الفسق فانه لا ينافي ولاية النكاح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا تصح من الفاسق ولاية في النكاح والدليل على ما نقوله ان هذا ذكر حر مسلم فجاز أن يكون وليا في النكاح أصل ذلك العدل ص **✽** مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الابكار ولا يستأمران قال يحيى قال مالك وذلك الأمر عندنا في نكاح الابكار **✽** ش قوله انهما كانا ينكحان بناتهما الابكار ولا يستأمران يقتضي ان انكاحهما لا يلزم لهن وهذا معنى اجباره والبكر على ثلاثة أضرب صغيرة وبالغ ومعنس فاما الصغيرة فلا خلاف ان الأب يملك اجبارها ويجوز انكاحها والأصل في ذلك قوله تعالى واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن فجعل على اللاتي لم يحضن عدة ولا يكون الا عن نكاح ومن جهة السنة ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا (مسألة) وأما البالغ فلا يختلف أصحابنا في ان الأب يملك اجبارها وقال أبو حنيفة لا يجبرها الأب على النكاح والدليل على ما نقوله ان هذه بكر لا يفتقر عقد نكاحها الى نطقها مع القدرة عليه فكان للأب اجبارها على النكاح كالصغيرة (مسألة) وأما الضرب الثالث وهي المعنس فاختلف قول مالك في اجبارها فروى ابن وهب عنه أنها اذا عنست لم يزوجها الا برضاها وروى محمد عنه ان له ان يجبرها وان عنست وبلغت أكثر من أربعين سنة وجه القول الاول انها قد بلغت سنالابتلاء غالب الامن

✽ وحدثني عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الابكار ولا يستأمران **✽** قال مالك وذلك الأمر عندنا في نكاح الابكار

عرفت مصالحها مع السلامة فكانت كالتيب ووجه الرواية الثانية أنها بكر فلزمها اجبار الأب كالتى لم تعنس (فرع) فاذا قلنا باعتبار التعنيس فى الموازية من رواية ابن وهب ان حدة التعنيس الثلاثون سنة والخمسة والثلاثون وروى عن ابن القاسم الاربعون والخمسة والاربعون (فصل) اذ اثبت ذلك فالبكر عند مالك التى لم تذهب عذرتها بوطء مباح أو ووطء شبهة بنكاح أو ملك يمين وأما التى ذهبت عذرتها بوطء زنى فان حكمها حكم البكر فى الاجبار عند مالك وجميع أصحابه وروى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم ليس للأب اجبارها وهى كالتيب ووجه القول الأول ان الاجبار انما هو مما جبل عليه الابكار من الحياء فى ذكر الزوج والزنا يزبدها حياء فكان حكمها فى ذلك حكم البكر فنقول انها لم تذهب عذرتها بوطء مباح فكان لها حكم البكر كالتى ذهبت عذرتها بطفرة ووجه القول الثانى ان هنا ذهبت عذرتها بوطء فثبت لها حكم الثبوت كالتى ذهبت عذرتها بوطء الزوج

(فصل) وقوله ولا يستأمر انهن يريدان ذلك لم يكن من فعلهم ما فاء ورد مالك رحمه الله فعلهما ما واخذ به واحتج على ذلك بقوله تعالى انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين ولم يذكر الاستئثار ويحتمل أن يترك ذلك القاسم وسالم منعه ويحتمل لمالم يراه واجبا وقد روى محمد بن يحيى عن مالك فى المدينة وأحسن ذلك أن يستأمر الاب ابنته البكر فان زوجها من غير مؤامرة جاز قال عيسى وأنكر ابن القاسم أن يشاورها أبوها فوجه استحسان مالك استئثارها انما كرهت بعض من يرزاه أبوها فدخل عليها مضرة والله أعلم ص (قال مالك وليس للبكر جواز فى المباح حتى تدخل بيتها ويعرف من حالها) ش وهذا كما قال انه ليس للبكر جواز فى المباح يعنى انه لا يجوز لها فيه فعلها ولا عقودها حتى تدخل بيتها يريد بناء زوجها بها ويعرف من حالها يريد أن يعرف رشدها وتمضى مدة يعلم بها انها قد خبرت أحوال الناس وعرفت وجوه مصالحها وروى ابن مزين عن عيسى أن معنى قوله حتى يعرف من حالها قال هو أن يشهد الشهود العدول من أهل الاختبار لها انها صحيحة العقل حسنة النظر فى مالهامصلحة له حابسة على نفسها ولا يكون هذا بشهيد حتى يشهد لهؤلاء من قدم ويعرى ذلك منها ويشهر فاذا جرب هذا منها وبني بها زوجها وهى حديثة السن جاز أمرها بعد البناء بسنة وأقل وقال ابن نافع مثله والبكر على ثلاثة أضرب على ما قدمناه فأما الصغيرة فلا خلاف نعلمه فى أنه لا يجوز لها النظر فى مالها وأما البالغة فان مالها لا يجوز فعلها فى مالها يتيمة كانت أو ذات أب وقال أبو حنيفة والشافعى يجوز فعلها فى مالها بنفس بلوغها والدليل على ما نقله أن من لا يعتبر الأب رضاها فى انكاحها فان له النظر لها فى مالها كالصغيرة ودليل آخر وهو أن المعنى المعتبر فى الرشد هو المعرفة بمصالح المال ومنافعه وتثمينه والحفظ له وذلك لا يحصل الا بمباشرة الناس ومعاملتهم والتصرف معهم وقد علم من حال البكر الانقباض عن معاملة الناس ومباشرةهم وذلك يقتضى جهلها بمصالح مالها ومنافعه وتثمينه مع الحياء الغالب المانع من المراجعة فيه والمنع منه فوجب أن يكون النكاح شرطا فى الرشد الذى يقتضى تسليم المال الى اليتيمة كالبلوغ ونحرر منه دليلا فنقول انه معنى يمنع فى الغالب القيام بحفظ المال وتثمينه فوجب أن يمنع من التصرف فيه كعدم البلوغ (فرع) وهذا حكم ذات الأب فأما اليتيمة فقروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه لا يجوز للبكر قضاء فى مالها يبيع ولا غيره كان لهاولى أو لم يكن حتى تبلغ الاربعين سنة فصاعدا وقال ابن عبد الحكم فى البكر البالغة عليهاولى لا يجوز أمرها فى مالها فان لم

* قال مالك وليس للبكر جواز فى مالها حتى تدخل بيتها ويعرف من حالها

تولي جازأمرها في البيع والشراء وأما العتق والصدقة والعطية فلا وقال أبو زيد والحرث وسحنون يجوز صنعها كله ما لم تول بولي (فرع) فإذا كانت ذات أب أو يتيمة وقلنا أنه لا يجوز فعلها في بكارتها فإن دخل بها زوجها فعرف رشدها فإن قضاءها في مالها جائز إلا أن مالكاً قال أحب إلى أن يؤخر قضاؤها في مالها بسنة رواه ابن حبيب عن مطرف عنه وإن علم سفهها استدعى الحجر عليها حتى يعلم رشدها ولا خلاف في ذلك نعلمه إلا ما روى عن أبي حنيفة أنه يزول الحجر عنها إذا بلغت خمساً وعشرين سنة وسيأتي بيان ذلك في باب الحجر إن شاء الله تعالى فإن جهل أمرها توقف فيها مدة يحتبر حالها بما يمكن أن يظهر في مثله صلاح أفعالها وفسادها وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه إذا كان قضاؤها في مالها بقرب بنائها يبيع أو عتق أو غيره فالبينة برشدها على من يريد أجازة قضاؤها إلى انقضاء سنة من يوم البناء بها وكذلك ما قارب السنة وإن كان قضاؤها بذلك بعد السنة على من يريد رد قضاؤها وقال ابن الماجشون في ذات الزوج يكون لها القدر والمال فتريد أن تهب منه وتتصدق أنه إن كان مالها بيدها فأمرها جائز إن كانت قد أقامت مع زوجها بعد البناء سنة أو نحوها أو ولدت وإن كان مالها عند أبيها أو وصيها فلا يجوز فعلها في شيء منه حتى تلي نفسها ووجه اعتبار السنة أن هذا حكم يعتبر فيه طول المدة بعد البناء فكان الاعتبار فيه بالسنة كعرفة العنة وأما اعتباره بكون المال في يدها فإن كونه مالها يبدل دليل على ترشدها وتجوز أمرها كما كان قبضه منها دليل على الحجر عليها والمنع لها من التصرف فيه ص * مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار كانوا يقولون في البكر يزوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها * ش قولهم في البكر يزوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها يريدون بذلك أنه يملك إجبارها على النكاح ممن شاء وعلى أي وجه شاء ما لم يكن في ذلك ضرر فلا يلزمها ذلك فله أن يزوجه من الضرير والقيح ومن هو أذى حلامها وأقل مالا وإن زوجه من محبوب أو خصي أو عنين فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ يلزمها ذلك إذا كان على وجه النظر علمت بذلك أو لم تعلم * قال الإمام أبو الوليد رضي الله عنه وقد رأيت لسحنون أنه لا يلزمها في الخصي وهو الأظهر عندى في العنين والخصي والمحبوب ووجه ذلك أن كل ما للمرأة أن تفسخ به نكاح الزوج من العيوب التي هي العنة وما في معناها فليس للرب الزامها ذلك كما لو ظهرت بعد عقد النكاح (مسئلة) ولا يلزمها أن يزوجه الأب من محنون يخاف عليها منه ولا من أبرص منسلخ ولا مجذوم مقطوع قد منع الكلام وتغيرت راحته قاله ابن حبيب وقال سحنون إن كان به ضرر في بدنه لم يلزمها ووجه ذلك ما فيه من الأضرار بها وليس له ذلك وأنه يلزمه أن يحسن النظر لها ولو زوجه من سكير فاسق لا يؤمن عليها لم يجز وللإمام رده قاله أصبغ (مسئلة) ولا يملك إجبارها جلد ولا غيره من الأولياء إلا الأب وحده قاله مالك قال القاضي أبو محمد خلافاً للشافعي أن الجدي يجبر كالأب ودليلنا أنه عصبة يحجبه الأب فلم يملك الإجبار بالنسب كالأخ (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن حكم الثيب الصغيرة حكم البكر في إجبار الأب خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله أن الصغر معنى يمنعها التصرف في بضعها كالبكارة (فرع) ومتى ينقطع عنها حكم الإجبار قال أشهب في الموازية ينقطع عنها بالمحيض رواه عيسى عن ابن القاسم في العتية وقال سحنون يجبرها الأب وإن حاضت وينفق عليها وجه القول الأول أن الثبوت مع البلوغ تقطع الإجبار وقد وجد في مسئلتنا وجه القول الثاني ملك الأب إجبارها فلم ينقطع ذلك بالبلوغ كالبكر

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار كانوا يقولون في البكر يزوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها

﴿ ما جاء في الصداق والحباء ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي حازم بن دينار عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازارى هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعطينها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما أجده شيئا فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن فقال نعم معي سورة كذا وسورة كذا ليسور بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن ﴿ ش قول المرأة يا رسول الله اني وهبت نفسي لك تريد علي وجه النكاح وفيه بيان أحدهما انه لا يجوز هبة البضع من غير عوض لغير النبي صلى الله عليه وسلم والثاني في النكاح

(الباب الأول في ازالة هبة البضع من غير عوض لا تجوز)

لا خلاف انه لا يجوز نكاح بدون مهر لغير النبي صلى الله عليه وسلم والأصل في ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين فآخبر تعالى ان ذلك خالص للنبي صلى الله عليه وسلم دون سائر المؤمنين فلا يجعل ذلك لغيره ومن جهة السنة ان المرأة قالت له يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك فلم ينكر ذلك عليها فلو كان منكرا لأنكره عليها ولم يقرها عليه لان أبي صلى الله عليه وسلم لا يقر على الباطل ثم انه لما سأل القائم نكاحها لم يجعل له الى ذلك سيلا دون صداق مع حاجة القائم وفقره وعدم ما يصدقها اياه حتى أنكحه اياها بما معه من القرآن ولو جاز أن يخالف نكاح غير النبي صلى الله عليه وسلم من عوض لما منعه النبي صلى الله عليه وسلم ذلك مع شدة الفقر والحاجة (مسألة) اذا ثبت ذلك فهو على ضربين قال ابن حبيب ان عى به هبة النكاح ولم يعن به هبة الصداق فهذا يفسخ قبل البناء وبعده ولها صداق المثل قال وان عني به نكاحها بغير صداق فلا يجوز وما أصدقها ولو ربع دينار فأكثر فجائز ولها لازم تجبر على ذلك قبل البناء وبعده وهذا الذي قاله فيه عندي نظرا وانما يجب اذا وهبت نفسها للرجل ولم ترد به النكاح وانما أرادت به بذل البضع أن لا يكون هناك نكاح يثبت قبل البناء وبعده وانما هو سفاح يثبت فيه الحد ولا يلحق فيه النسب وأما ما أراد به عقد النكاح من غير صداق ففي المدونة عن ابن القاسم قولان أحدهما انه يفسخ قبل الدخول والثاني انه يفسخ قبل الدخول وبعده وقال القاضي أبو الحسن وهو الصحيح عندي وقال الشيخ أبو اسحاق فيه ثلاث روايات الروايتان اللتان تقدمتا والثالثة انها بمنزلة نكاح التفويض وهذا يقتضي امضاء قبل البناء وبعده (فرع) فاذا قلنا يفسخ بعد البناء فقد قال أشهب لها ثلاثة دراهم وقال أصبغ لها مهر المثل واذا قلنا يثبت بعد البناء فقد قال مالك لها مهر المثل

(الباب الثاني)

في حكم النكاح بلفظ الهبة مع ذكر العوض * وذلك أن يقول وهبتك وليتي على أن تصدقها مائة دينار أو ما اتفقا عليه ويقع العقد بذلك فقد حكى القاضي أبو محمد في اشرافه ان النكاح ينقذ بكل لفظ يقتضي التملك المؤبد كالهبة والبيع دون ما يقتضي التوقيت وزاد القاضي أبو الحسن ولفظ

﴿ ما جاء في الصداق

والحباء ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي حازم بن دينار عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازارى هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعطينها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما أجده شيئا فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن فقال نعم معي سورة كذا وسورة كذا ليسور بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن

الصدقة قال وسواء عندي ذكر المهر أو لم يذكره في لفظ الهبة والبيع والصدقة اذا علم انهم قصدوا النكاح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ورواه مالك عن المغيرة ومحمد بن دينار والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما روى عبد العزيز بن أبي حازم عن أبيه عن سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الحديث المتقدم للقائم قدمك كتكها بما معك من القرآن ووجه الدليل من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم زوجه اياها بلفظ التملك وذلك لا يجوز عند الشافعي ودليلنا من جهة القياس أن هذا لفظ يقتضي اطلاقه عقد تملك مؤبد فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح والتزويج

(فصل) وقوله فقام رجل فقال زوجني يا رسول الله ان لم يكن لك بها حاجة دليل على جواز الخطبة التي قد أجابت الى النكاح باستئذان الذي أجابته وان المنع من أن يخطب أحد على خطبة أخيه انما هو لحق النكاح فاذا استؤذن في الخطبة وصرف الامر اليه في ذلك فلا حرج وهذا يقتضي أن النكاح مباح للفقير اذا وجد المهر والنكاح في الجملة مندوب اليه ولا يتعين وجوبه الا ان يخاف العنت ولم يجد ما يتسرى به وقد يتعلق المنع بذلك اذا استغنى عنه وعجز عن المهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء تصدقها اياه مع ما يأتي بعده من نسق الكلام دليل على أن النكاح لا يجوز أن يعرى عن صداق وقوله ما عندي الا ازارى اظهار لفقره واخباره بأنه لا يملك غيره وقوله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازارك يقتضي معنيين أحدهما أنه لا يصح أن يصدقها اياه ولو صح ذلك لما احتج عليه بتعذر تسليم الازار اليها والثاني أنه لا يجوز أن يسلمه لأن ذلك يؤدي الى البقاء على حالة لا يجوز بها البقاء عليها من كشف العورة والتعري عن جميع الملابس ولذلك لا يباع هذا من الثياب في دين ولا يقضى به حق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم التمس شيئاً وقول الرجل ما أجد شيئاً وان كانت لفظة شيء تقع على القليل والكثير مما يصح أن يهر الا انه مستند الى قوله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه فكأنه قال التمس شيئاً مما يمكن أن تصدقها اياه فقال الرجل ما أجد شيئاً يصح أن يكون صداقاً لأنه لا خلاف أنه كان يقدر على نواة تمر وفتة خشيش وحرمة حطب يحتطبه وأنواع هذا مما لا يصح أن يكون مهراً والشافعي يقول ان المهر يكون قليلاً وكثيراً لا حلاً فله ومع ذلك فلا يجوز عنده بالخزف المكسر والجرار المخرقة وبما لا يكون عوضاً في الغالب فلا يجوز له حمل الحديث على ظاهره لأن لفظة شيء يقع على ذلك كله فلو جازوا الحديث على ظاهره للزمهم أن يجيزوا النكاح بقشر البيض والخزف المكسر ونحو ذلك وان قالوا ان معناه شيء مما يجوز أن يكون عوضاً في الصفة فلنا أن نقول شيء مما يجوز أن يكون عوضاً في المقدار ومما يبين هذا التأويل أنه لما قال لا أجد شيئاً قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم التمس ولو خاتماً من حديد فلو أراد بقوله التمس شيئاً ما قل أو أكثر لا يستحال أن يقول له بعد ذلك التمس ولو خاتماً من حديد لمعنيين أحدهما أنه انما يكلفه أولاً الاكثر فاذا عجز عنه أرخص عنه في الأقل ومحال أن يكلفه القليل فاذا عجز عنه كلفه الكثير فدل ذلك على أن الشيء في قوله صلى الله عليه وسلم التمس شيئاً أكثر من مقدار قيمة خاتم الحديد والمعنى الثاني أن الرجل قال له ما أجد شيئاً وانما يعني ان لم يجد الشيء الذي كلف التماسه فلو كلف التماس ما قل أو أكثر فنفاه لما جاز أن يقول له التمس خاتماً من حديد لأنه قد نفى أن يجد خاتماً من حديد وما هو أقل منه فاما أمره بعد ذلك أن يلمس خاتماً من حديد علم أن النبي صلى الله عليه وسلم عني بالشيء

في قوله التمس شيئاً أكثر من مقدار خاتم الحديد ولذلك قال له ولو خاتم من حديد وهذا إنما يستعمل في أقل ما يكون من المطلوب

(فصل) ومطالبة بذلك في الحين تقتضي أن من حكمه تعجيله أو تعجيل ما يصح أن يكون مهرانه ولو شرع تأخير جميعه لسأله هل يرجو أن يتكسب في المستقبل قدر الخاتم من الحديد بل الغالب تجوز ذلك كله فكان يقول له ز وجتبعها على أن يكون لها هذا في ذمتك ويضرب لذلك أجلاً يغلب على الظن سكبها لهذا ولما نقله عن وجود المهر إلى المنافع دون واسطة ثبت أن من حكم المهر أن يتعجل منه قبل البناء ما يصح أن يكون مهرًا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء فقال نعم وذكره ما حفظ منه بمحتمل أن يكون لما عدم الأعيان عدل إلى سؤاله عن المنافع ليصدق ذلك امرأته. والثاني أن يعلم ما عنده من القرآن فقط

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن بمحتمل أيضاً وجهين أحدهما وهو ألا يظهر أن يعلمها ما معه من القرآن أو مقداراً مما منه فيكون ذلك صداقها وهذا أباحه جعل منافع الأعيان مهرًا وقدرى عن مالك هذا التفسير رواه عنه ابن مضر اللندلسي وأحج شيوخنا العراقيون بهذا الحديث على أن منافع الأعيان يصح أن تكون عوضاً عن البضع وقدرى زائدة هذا الحديث فقال فيه انطلق فقد ز وجتبعها فاعلمها ما معك من القرآن ذكر ذلك مسلم في صحيحه وقدرى عقيل عن عطاء عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذه القضية ولم يذكر الأزار والخاتم وقال ما تحفظ من القرآن قال سورة البقرة والتي تليها قال قم فعلها عشرين آية وهي امرأتك والوجه الثاني ما ذهب إليه الشيخ أبو بكر والشيخ أبو محمد أن معناه زوجتكها بما معك من القرآن وأن هذا خاص لذلك الرجل دون غيره من الناس وهذا التخصيص يحتاج إلى دليل والتأويل الأول أظهر من جهة اللفظ والمعنى والله أعلم وقد قال ابن مزين سألت يحيى بن يحيى عن من نكح بقرآن يقرؤه لم ينقد غيره فقال بفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل (فرع) إذا ثبت الوجه الأول من جعل منافع الأعيان مهرًا فقال القاضي أبو محمد والقاضي أبو الحسن أنه مكروه قال القاضي أبو محمد لا خلاف فيه وقال للقاضي أبو الحسن إنما يكره مع القدرة على غيره وأما مع العدم فلا ولعله قد جعل هذا المعجل من مهرها لئلا يكون البناء قبل تقديم شيء من المهر وأبقى باقي المهر في ذمته وقد قال أصبغ فنكح بعقل سنة كرهه إن كان معه شيء وإن لم يكن معه شيء فهو أشد كراهية وإن نزل مضى في الوجهين وأحج بقصة شعيب عليه السلام وجوز الشافعي جعل منافع الأعيان مهرًا وقال أبو حنيفة أن منافع العبد يجوز أن تكون مهرًا دون منافع الحر والدليل على ما قدمناه قوله تعالى أنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى خبيج فان أتممت عشرا فمن عندك وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد نسخ وقد أحج مالك رحمه الله بهذه الآية في ترك الاستمرار ودليلنا من جهة القياس أن هذه منفعة معلومة مباحة من عين معروفة فجاز أن يكون عوضاً للبضع كمنفعة العبد وروى عيسى عن ابن القاسم لا يكون النكاح جعلاً ولا كراءاً ولمن عمل على ذلك أجر مثله قال مالك وما ذكر من نكاح موسى عليه السلام فالأحكام على غير ذلك فهذه الرواية تمنع أن تكون المنافع مهرًا خلافاً لما تقدم وأما الجعل فيجب أن يكون قولاً واحداً لا أن عقد الجعل غير لازم وعقد النكاح لازم والله أعلم ص

• وحديثي عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن

سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص
فسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على وليها قال مالك وإنما يكون ذلك على وليها لزوجها
إذا كان وليها الذي أنكحها هو أبوها وأخوها أو من يرى أنه يعلم ذلك منها فأما إذا كان وليها الذي
أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشرة ممن يرى أنه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم وترد تلك المرأة
مأخذت من صداقها ويترك لها قدر ما تستعمل به * ش قوله رضى الله عنه أيما رجل تزوج امرأة
وبها جنون أو جذام أو برص فسها فلها صداقها كاملا يريد أن ما بها من الجنون والجذام والبرص
لا يوجب استباحة بضعها دون عوض ولا بد لذلك من عوض وإن كان للزوج ردها بهذه العيوب
المؤثرة في المنع من الاستمتاع المقصود بعقد النكاح وفي ذلك أربعة أبواب * أحدها ثبوت الخيار
لكل واحد من الزوجين بالمعاني المؤثرة في منع الاستمتاع * والباب الثاني في تفسير المعاني التي
يثبت بها الخيار للزوج * والباب الثالث فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس * والباب الرابع
في موجب الفرقة بذلك بعد المسيس

* الباب الأول في ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب المؤثرة في منع الاستمتاع *
أما ثبوت الخيار بذلك فهو قول مالك وبه قال الشافعي وهو المروي عن علي وعمر رضى الله عنهما
وقال أبو حنيفة لا خيار للزوج بشئ من ذلك ودليلنا من جهة القياس أن هذا أحد الزوجين
فجاز أن يرد بعيب يمنع المقصود من الاستمتاع كالزوج وذلك أن أبا حنيفة وافقنا على أن الزوج يرد
بالجب والعنة

* الباب الثاني في تفسير المعاني التي يثبت بها الخيار للزوج *
أما المعاني التي يثبت بها الخيار للزوج فإنها الجنون والجذام والبرص وداء الفرج رواه ابن عبد
الحكم عن مالك قال الشيخ أبو بكر وإنما كان ذلك لأن هذه المعاني تمنع استدامة الوطء وكالالتذاذ
به (فرع) فالجنون هو الصرع والوسواس الذي ذهب معه العقل كل ذلك ترد به المرأة وكذلك الجذام
إذا تيقن قليلا كان أو كثيرا. وأما البرص ففي العتية من سماع ابن القاسم عن مالك أنه ترد المرأة من
قليل البرص فقال ما سمعت إلا ما في الحديث وما فرق بين قليل ولا كثير قال ابن القاسم ترد من قليله
ولو أحيط علم بما يخف منه أنه لا يزيد لم ترد منه ولكن لا يعلم ذلك فتد من قليله ووجه قول ابن
القاسم أن يسيره لا يؤثر في الاستمتاع ولكنه لا يكاد يتوقف قبل المعتاد منه التزايد فكان ذلك
لتيقنه بمنزلة الموجود منه (فرع) وأما داء الفرج فقال ابن حبيب وتفسيره ما كان في الفرج مما يقطع
لذة الوطء مثل العفل والقرن والرتق وقال القاضي أبو محمد داء الفرج هو القرن والرتق وما في
معناها وزاد الشيخ أبو القاسم في تقريره البصر والافضاء وهو أن يكون المسلك واحدًا وروى
ابن الموازع عن مالك أن كل ما يكون عند أهل المعرفة من داء الفرج فإن للزوج الرد به وإن لم يمنع
الوطء مثل العفل القليل والقرن وحرق النار قال والمجنونة والجذام والبرص يقدر على وطئها مع
ذلك فللزوج ردها (مسئلة) وأما القرع الفاحش فإن ابن حبيب قال له الرد به لأنه من معنى الجذام
والبرص ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا والأظهر من المذهب أنه لا يرد به لأنه مما يرجى برؤه في الأغلب
ولا يمنع المقصود من الاستمتاع ولا يؤثر فيه كالجرب ونحوه (مسئلة) وأما ما سوى ذلك من العيوب
فإنه لا يرد به إلا أن يشترط الضعة كالعمى والعور والعرج ونحو ذلك من العاهات فإن اشترط الضعة
فله الرد واللام ترد وكذلك لو وجدها بغية لم يكن له ردها إلا أن يتزوجها على نسب ووجه ذلك أن هذا

سعيد بن المسيب أنه
قال قال عمر بن الخطاب
أيما رجل تزوج امرأة
وبها جنون أو جذام أو
برص فسها فلها صداقها
كاملا وذلك لزوجها غرم
على وليها قال مالك وإنما
يكون ذلك على وليها
لزوجها إذا كان وليها
الذي أنكحها هو أبوها
أو أخوها أو من يرى أنه
يعلم ذلك منها فأما إذا
كان وليها الذي أنكحها
ابن عم أو مولى أو من
العشرة ممن يرى أنه لا
يعلم ذلك منها فليس عليه
غرم وترد تلك المرأة
مأخذت من صداقها ويترك
لها قدر ما تستعمل به

معنى لا يؤثر في الاستمتاع فلا يوجب خيار الزد بالعيب كما لو كانت شاربته خمر قال ابن حبيب إلا أن يشترط الخاطب لنفسه في ذلك فيكون له إلا السوداء فإنه يكون ذلك له وإن لم يشترطه إذا لم يكن في أهلها سواد لأن ذلك كالشرط ويجب على هذا أن يعلم الزوج بذلك ويتزوج على أن أهلها لا أسود فيهم ولا أفليس في معنى الشرط والله أعلم

﴿ الباب الثالث فيما يوجب الفرقه بذلك قبل المسيس ﴾

أما ما يوجب الفرقه فإنه لا يخلو أن يكون موجودا بالمرأة حين العقد أو حادنا بعده فإن كان موجودا بها حين العقد فعلم به الزوج قبل البناء وبعد العقد فإن له أن يفارق ولا شيء عليه من المهر أو يبنى وعليه جميعه ووجه ذلك أنه عيب دلس له به ولم يفت البضع فهو بالخيار بين أن لا يرضى بالعيب فيرد النكاح ولا شيء عليه من المهر أو يرضى به فيلزمه ذلك ويكون عليه جميع المهر أو نصفه إن طلق بعد الرضا وقبل البناء (فرع) فإن ادعى الزوج أن بالمرأة داء الفرج وأنكرت ذلك الزوجه ففي كتاب ابن حبيب هي مصدقة وليس له أن ينظر إليها النساء وروى سحنون عن ابن القاسم لا ينظر إليها النساء وأنكر ذلك سحنون عليه وقال كيف تعرف إلا بنظرهن وروى ابن سحنون عن أبيه ينظر إليها النساء (مسئلة) فإن كان حادنا بعد العقد فعلم بذلك قبل البناء لم يكن للزوج إلا أن يفارق ويكون عليه نصف الصداق أو يبنى ويكون عليه جميعه وقال الشافعي يفارق ولا شيء عليه وجه قول مالك أن هذا العيب إنما حدث فيما عقد عليه بعد ملكه فكان ذلك منه كالماتت (فرع) فإن ظهر بعد عقد النكاح بمدة شيء من هذه المعاني فقال الزوج كان ذلك بها يوم العقد وقالت المرأة والولي إنما حدث ذلك بعد العقد فقد روى العتيبي عن ابن القاسم وابن حبيب عن مالك البينة على الزوج ووجه ذلك أنه يدعى فسخ عقد ظاهره اللزوم وذلك من مقتضاه فعلية البينة بما يدعيه (فرع) فإن لم تكن للزوج بينة فقد روى ابن حبيب عن مالك أن كان الولي أبا أو أخوا فعليه اليمين وإن غيرهما فاليمين عليها ووجه ذلك أن الأب والأخ لما كانا ممن يرجع عليه ما بالمهران ثبت الرجوع بذلك لزمتهما اليمين وكذلك كل من هذا حكمه لأنه يدفع عن نفسه الضمان وإن كان الولي ممن لا يرجع عليه بالمهر لم تلتزمه اليمين

(الباب الرابع في موجب الفرقه بذلك بعد المسيس)

وأما موجب الفرقه بذلك بعد المسيس فإن ما ظهر عليه الزوج من ذلك بالمرأة بعد المسيس فلا يخلو أن يحدث قبل عقد النكاح أو بعده فإن كان حدث بعد عقد النكاح فقد وجب للمرأة جميع المهر بالمسيس سواء علم بذلك قبل الوطء أو بعده وإن كان بالمرأة قبل العقد ولم يعلم الزوج به إلا بعد الوطء فإنه لا بد للبضع المستباح من عوض وسياق في تفسيره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه وذلك لزوجها غرم على ولها وقول مالك بعده أن ذلك إذا كان ولها هو أخوها أو أبوها أو من يرى أنه يعلم ذلك منها وأما إن كان ولها الذي أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشيرة أو من يرى أنه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم فإنه يحتمل أن يكون قول مالك خلافا لقول عمر رضي الله عنه وأن يكون مالك رحمه الله قد أورد قول عمر على ما رواه وذكر رأيه على ما رآه ويحتمل أن يكون مالك تلقى قول عمر على أنه موافق لرأيه ولكنه خاص في الولي الذي يظن به أنه يعلم وبين مالك رحمه الله ذلك بتفصيله الذي فصله فإذا كان ذلك كذلك وكان ما وجد من العيب بالمرأة موجودا بها حين العقد وظهر عليه الزوج بعد المسيس فلا يخلو أن يكون الولي في عقد نكاحها

ممن ظاهره المعرفة بها والاطلاع على ما بها أو يكون ممن ظاهره انه لا يعلم حالها ولا يقف على ما بها
 وان كان ممن ظاهره المعرفة بها فلا يخلو أن يكون حاضرا معها قبل مدة النكاح أو غائبا عنها فان
 كان حاضرا معها وكان العيب بموضع ظاهره أنه لا يخفى على مثله فلا خلاف في المذهب ان جميع
 الصداق لها ويرجع به الزوج على الولي خلافا للشافعي في قوله انه لا يرجع على الولي ولا على المرأة بوجه
 والدليل على ما نقوله ان هذا معنى يوجب خياره الرد بالعيب فوجب أن يثبت للرد الرجوع
 بالعوض اذا فات الرد كالرد بالعيب في البيوع (مسئلة) ولو كان الولي القريب القرابة غائبا
 عنها بحيث يعلم أنه يخفى عليه خبرها فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم
 عن مالك انه لا غرم عليه وانما الغرم على المرأة زاد ابن حبيب عن ابن القاسم بعد أن يخلف انه ما علم
 وروى عن أشهب أن ذلك على الولي وان كان غائبا لا يعلم وجه قول مالك ان الظاهر من حاله انه لم
 يدلس بالعيب عليه كالولي الذي ليس بقريب القرابة ووجه قول أشهب انه ولي قريب القرابة فلم
 يسقط عنه الغرم ظاهر عدم علمه بالعيب كالبرص الذي يكون بموضع يخفى على الاب والابن
 (مسئلة) وان كان الولي في عقد نكاحها من ظاهره انه لا يعلم ما بها من ذلك كابن العم والمولي
 والرجل من العشيرة فلا غرم عليه ولا يمين قاله ابن المواز وقال ابن حبيب ان اتهم انه علم حلف والا
 فلا شيء عليه وترد المرأة من الصداق ما أخذته غير أنه يترك لها من ذلك ربع دينار وذلك ما يستعمل به
 فرجها لانه لا يجوز استباحته بغير عوض فوجب انفاذ ذلك لها قال ابن حبيب وانما يرجع عليها
 بالعين التي دفعها اليها دون الجهاز ص * مالك عن نافع ان ابنة عبيد الله بن عمر وأمها بنت زيد
 ابن الخطاب كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقا فابتعت أمها صداقا
 فقال عبد الله بن عمر ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نطلبها فابت أمها أن تقبل ذلك
 فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لا صداق لها ولها الميراث * ش قوله ان بنت عبيد الله بن عمر
 كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يسم لها صداقا يقتضي ان نكاحها كان على وجه
 التفويض * والنكاح على ضربين نكاح تسمية مهر ونكاح تفويض فأما نكاح تسمية المهر فقد
 تقدم وأما نكاح التفويض فهو جائز والأصل في ذلك قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
 ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة قال القاضي أبو محمد فأباح الطلاق مع عدم الفرض والميسر
 والطلاق المباح لا يكون الا في نكاح صحيح * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى ان وجه
 التعلق من الآية انه بمعنى نفى الجناح عن من طلق ما لم يمس أو يفرض فريضة وهذا يقتضي رفع المأثم
 بعقده واذا ارتفع المأثم دل على إباحته والدليل على صحته الاجماع فلا خلاف بين المسلمين في
 جوازه وصحته اذا ثبت ذلك ففيه أربعة أبواب أحدها في صفته والثاني في حكمه قبل الميسر
 والثالث في حكمه بعد الميسر والرابع في حكم مهر المثل وما يعتبر فيه (الباب الاول في صفته) اما صفته
 فهو أن يصرحوا بالتفويض أو يسكتوا عن ذكر المهر قاله ابن حبيب وأشهب ووجه ذلك انه لما
 كان اطلاق العقيقة يقتضي الصحة ولا يصح النكاح الا بعوض ولم يكن في الكلام ما ينفي العوض
 حمل على النكاح بالمهر الذي يسكت عن ذكره وهو بمعنى نكاح التفويض واقتضى ذلك
 التفويض الى الزوج فيه لانه من قبله ينفذ وعليه يجب (مسئلة) ومثل ذلك أن يزوجه على
 حكم الزوج قال ابن حبيب وكذلك على حكم أجنبي أو على حكم الولي فأما على حكم الزوجة فلا خلاف
 بين أصحابنا في جوازه غير عبد الملك بن الماجشون فان ابن المواز يفهم قبل البناء ونحو ذلك

* وحديثي عن مالك عن
 نافع ان ابنة عبيد الله بن
 عمر وأمها بنت زيد بن
 الخطاب كانت تحت ابن
 لعبد الله بن عمر فمات ولم
 يدخل بها ولم يسم لها
 صداقا فابتعت أمها صداقا
 فقال عبد الله بن عمر ليس
 لها صداق ولو كان لها
 صداق لم نمسكه ولم
 نطلبها فابت أمها أن تقبل
 ذلك فجعلوا بينهم زيد بن
 ثابت فقضى أن لا صداق
 لها ولها الميراث

روى عنه القاضي أبو محمد وروى عنه ابن حبيب بجوازه ووجه رواية الجواز أنه تفويض في مقدار الصداق فلم يمنع صحة النكاح كالتفويض إلى الزوج ووجه رواية المنع أن الصداق من جهة الزوج فإذا بذل مهر المثل لزم النكاح وليس من جهة المرأة فإذا رضيت به لم يلزم النكاح لأن الزوج لا امتناع من ذلك فلما لم يلزم النكاح من إحدى الجهتين لم يصح كما لو كان التفويض في البضع .
(الباب الثاني في حكم نكاح التفويض قبل المسيس)

وأما نكاح التفويض بالتصريح أو السكوت فإنه لازم للمرأة أن فرض لها الزوج مهر المثل ولا يخفى فرضه من ثلاثة أحوال أحدها أن يفرض مهر المثل فأكثر والثاني أن يفرض أقل من مهر المثل مما يصح أن يكون مهرا والثالث أن يفرض من المهر ما لا يصح أن يكون مهرا فإذا فرض مهر المثل فأكثر فقد تقدم ذكره ووجه ذلك أن الزوج قد ملك استباحة بضعها بدليل صحة النكاح وإذا ملك ذلك بنفس العقد لم يلزمه أكثر من قيمته وذلك مهر المثل فإن فرض أقل من مهر المثل مما يصح أن يكون مهرا وذلك أكثر من ربع دينار فإن رضيت الزوجة بالنكاح ولزمها وإن أبت من ذلك لم يلزمها النكاح ووجه ذلك أنه إذا فرض ربع دينار فأكثر فالحق غير خارج عنهما فماتت فاعليه لزمها وجاز لها ذلك وأما إذا فرض لها ما لا يصح أن يكون مهرا وذلك أن يفرض لها أقل من ربع دينار فلا يجوز لها الرضا به لأن الحق لله فلا يجوز لها إسقاطه (مسألة) فإن تزوج على حكم أجنبي أو على حكم الولي فقد قال ابن حبيب إن فرض لها مهر المثل فأكثر فلا حاجة لها وإن أبى فارق ولا شيء عليه وروى ابن المواز عن ابن القاسم فيما حكم فيه الأجنبي إن رضا بمحكمه والافرق بينهما بمنزلة إذا لم يفرض الزوج مهر المثل في نكاح التفويض إليه وجه قول ابن حبيب أن الحكم لا يقتضي الرجوع إلى قول الحكم ولذلك إذا حكم الزوج بأقل من مهر المثل لم يلزم ذلك الزوجة وإنما يقتضي التحكيم لزوم مهر المثل والتسامح في إحدى الجهتين فإذا كان ذلك كذلك وجب أن يستوى فيه تحكيم الزوج والزوجة والأجنبي والولي والله أعلم ووجه الرواية الثانية ما يأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسألة) فإن عقد النكاح على حكم الزوجة وقلنا بجوازه فقد قال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال إن بذل لها مهر المثل لزمها كالتفويض وهو قول ابن عبد الحكم وأصبع وأحد قولي ابن القاسم ومنهم من قال لا يلزمها الرضا بصداق المثل وهو قول أشهب وأحد قولي ابن القاسم وقبروا ابن المواز عنهما وجه القول الأول ما تقدم ووجه القول الثاني أن التحكيم توجه إلى جهة فلا يلزم الرضا بغيرها كما لو علق بحكم فلان (مسألة) ومن تزوج على التفويض فطلق ابتداء لم يلزمه شيء من المهر ولا غيره إلا أنه مندوب إلى المتعة والأصل في ذلك قوله تعالى ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوهن فريضة ومتعهن (مسألة) وإن فرض لها بعد العقد مهر المثل واتفقا عليه ثم طلقها قبل البناء فلها نصف ذلك وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو يوسف في أحد قوليه لا شيء عليه من ذلك والدليل على صحة ما نقله قوله تعالى وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهذا عام فعمله على عمومته ودليلنا من جهة القياس أن هذا فرض يجب بالبناء فيلزم أن يجب نصفه بالطلاق قبل البناء كالفرض في نفس العقد (مسألة) ومن تزوج على تفويض ثم مات أحد الزوجين قبل التسمية والمسيس فالتوارث بينهما ثابت ولا مهر للمرأة رواه ابن عبد الحكم وغيره عن مالك قال الشيخ أبو بكر إنما قلنا إن بينهما التوارث لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم وقوله

جل وعزولهن الربع مما تركن وأما الصداق فلا صداق لها وبه قال علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عمرو وابن عباس رضي الله عنهم ومن التابعين سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وجماعة سواهم وهو أحد قول الشافعي وقال أبو حنيفة لها الصداق وهو قول ثان للشافعي والدليل على ما نقوله أن ما لا يجب لها بالطلاق شيء منه فإنه لا يجب لها بالموت جميعه أصل ذلك ما زاد على المسمى وعكسه المسمى لما وجب لها بالطلاق نصفه وجب لها بالموت جميعه وأما تسمية المهر في المرض فلا يصح لأشئ لها منه لأنها وصية لو ارث قاله مالك وقال فان دخل بها في مرضه فلها صداق مثلها ولو مات أحدهما بعد تسمية المهر في صحته لكان ذلك للزوجة لأن ذلك مما قلنا أنه يجب نصفه بالطلاق على ما تقدم

(الباب الثالث في حكم نكاح التفويض بعد الميسر)

وأما أنه إذا دخل بها بعد أن سمي لها مهر المثل أو ما اتفقا عليه فإن لها ذلك كله بالميسر وإن دخل بها قبل التسمية وجب لها بالميسر مهر المثل رواه ابن عبد الحكم عن مالك وقال ابن حبيب أنه المجمع عليه وإن طلقها بعد الميسر لم يسقط عنه شيء من مهر المثل ووجه ذلك أنه قد استوفى ما عقد عليه من البضع من غير تسمية لعوض فوجب أن تلزمه قيمته وذلك مهر المثل

(الباب الرابع فيما يعتبر في مهر المثل)

أما ما يعتبر في مهر المثل فإنه أربع صفات الدين والجمال والمال والحسب ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد فمن ساواها في هذه الصفات ردت إليها في مهر المثل وإن لم تكن من أقاربها وقال الشافعي يعتبر منها عصبها فقط وهن أخواتها وبنات أعمامها وكل من يرجع بالانتساب بينهما إلى التعصيب وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة أنه يعتبر منها قومها اللواتي معها في عشيرتها فدخل فيها سائر العصابات والأمهات والخلالات دون الأجانب وقد قال ابن أبي ليلى يعتبر بذوات الأرحام والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم ينكح النساء لأربع لملها ولحسبها ولجمالها ولدينها فانظر بذات الدين تربت يداك فوجه الدين من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أخبر أن المقصود من النساء في النكاح هذه الصفات فوجب أن يزيد المهر وينقص بحسب هذه المعاني المقصودة ولا يقصر ذلك على الحسب دون غيره ووجه آخر وهو أنه صلى الله عليه وسلم حض على ذات الدين فوجب أن يكون الاعتبار بهذه الصفات أولى ودليلنا من جهة القياس أن هذه زوجة فوجب أن يعتبر في مهر مثلها من كان على مثل حالها وإن لم تكن من قومها كالتى لا عشيرة لها

(فصل) وقوله فبات ولم يسم لها صداقا فابتغت أمها صداقا فقال عبد الله بن عمر ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم تمسكه ولم ينظمها يريد ما قدمناه من أن موت أحد الزوجين قبل فرض الصداق في نكاح التفويض لا يوجب مهرا ولو أوجب مهر الميسر لم يمسكه عبد الله على عامه ودينه وفضله ولم يرض بظلم أحد فكيف بظلم ابنة أخيه

(فصل) وقوله فابت أن تقبل ذلك يحتمل أن تكون عامت بالاختلاف في ذلك بين أهل العلم فلذلك لم تقبل قوله فحكايته ما زيد بن ثابت لتقدمه في العلم والدين والفضل ولعله في ذلك الوقت كان الذي يرجع إلى قوله في الفتوى ويؤخذ بفتواه عند اختلاف العلماء فقضى بأن لها الميراث دون الصداق وقد روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال لها مهر مثلها وروى الثوري عن منصور عن إبراهيم عن علقمة أني عبد الله بن مسعود يسئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها ولم يمسها حتى

مات فردهم ثم قال أقول فيها برأي فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطأ فني أرى لها صداق امرأة من نساءها لا وتس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال أشتهد لقد قضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة من بني رواس وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه أخبر بقول عبد الله بن مسعود فقال لا تصدق الاعراب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى ذلك أن هذا الرجل غير معروف قيل فيه معقل بن سنان وقيل معقل بن يسار واضطرب في اسناد الحديث فقيل عن علقمة وقيل عن مسروق ولو صح لجاز أن يريد بحكم النبي صلى الله عليه وسلم في الميراث والعدة والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز كتب في خلافته الى بعض عماله ان كل ما اشترط المنكح من كان أباً أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة ان ابتغته * قال مالك في المرأة ينكحها أبوها ويشترط في صداقها الحباء يحجب به انه ما كان من شرط يقع به النكاح فهو لا بنته اذا ابتغته وان فارقها زوجها قبل أن يدخل بها فلز وجهها شطر الحباء الذي وقع به النكاح * ش قوله ان كل ما اشترط المنكح من كان أباً أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة ان ابتغته يقتضي ان ما اشترط في عقد النكاح من عطاء يشترطه الولي لنفسه أو لغيره فان ذلك كله للزوجة ووجهه انه عقد معاوضة فوجب أن يكون جميع عوضه لمن عوضه من جهته كالبيع والاجارة ولا يلزم على هذا أجرة السمسار لان ذلك ليس للنائب عن البائع على المتاع وانما هي للنائب على من ناب عنه من متاع أو بائع ولو وكل البائع من يبيع ثوبه فاشترط الوكيل على المتاع ثمنه كان للبائع وان اشترطه لنفسه لانه من ثمن سلعة وقد قال مالك في المدينة ان الزوج جعل للرجل جعلاً على أن ينكحه لعقدة النكاح فانما هو جعل جعله على أن يقوم له في ذلك فهذا سنة جعل السمسار على من استنابه (مسئلة) وما كان من ذلك بعد عقد النكاح فهو لمن اشترطه دون المرأة ولا شيء للزوج منه ان طلق قبل المسيس قاله مالك في المدينة زاد محمد بن عبد الحكم قائماً كان الحباء أو فائتاً ووجه ذلك انه معنى تبرع به الزوج بعد تمام العقد وتقدير العوض فكان ذلك هبة مبتدأة لمن وهبه اياها دون الزوجة (فرع) فان فسخ النكاح بأمر غالب فروى ابن حبيب عن مالك الزوج يرجع بما وجد من ذلك قائماً لم يفت ووجه ذلك انها هبة لاجل النكاح فان فسخ قبل النكاح ردت هبته كالبيع

(فصل) وقوله وان فارقها زوجها قبل البناء فلز وجهها شطر الحباء الذي وقع به النكاح يريد ان لها شطر الحباء الذي وقع به النكاح من نصف الصداق ووجه ذلك انه من جملة العوض الذي انعقد عليه النكاح وثبت بالنكاح للزوجة فكان للزوج نصفه ان طلق قبل البناء كالمرص * قال مالك في الرجل يزوج ابنه صغيراً لا مال له ان الصداق على أبيه اذا كان الغلام يوم تزوج لا مال له وان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام الا ان يسمى الأب ان الصداق عليه وذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيراً وكان في ولاية أبيه * ش وهذا كما قال ان الرجل اذا تزوج ابنه الصغير الذي لا مال له فانه لا يخلو أن يكون نكاح تسمية صداق أو نكاح تفويض فان كان نكاح تسمية فلا يخلو أن يكون الأب صرح بان الصداق عليه أو على الابن أو سكت فان صرح بان الصداق على الأب فهو عليه على حسب ما ألزمه وكذلك لو سكت قاله القاضي أبو محمد ورواه محمد عن مالك ووجه ذلك ان اطلاق العقدين يقتضي تعلق العوض بذمة العاقد دون ذمة المعقود له كاتباعه له نفقة أو كسوة (فرع) وهذا اذا كان الأب موسراً فان كان الأب والابن عديمين فقهر روى محمد عن أصبغ لاشي من ذلك على

* وحديثي عن مالك أنه بلغه ان عمر بن عبد العزيز كتب في خلافته الى بعض عماله ان كل ما اشترط المنكح من كان أباً أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة ان ابتغته * قال مالك في المرأة ينكحها أبوها ويشترط في صداقها الحباء يحجب به انه ما كان من شرط يقع به النكاح فهو لا بنته اذا ابتغته وان فارقها زوجها قبل أن يدخل بها فلز وجهها شطر الحباء الذي وقع به النكاح * قال مالك في الرجل يزوج ابنه صغيراً لا مال له ان الصداق على أبيه اذا كان الغلام يوم تزوج لا مال له وان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام الا ان يسمى الأب ان الصداق عليه وذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيراً وكان في ولاية أبيه

الأب والذي يقتضيه عندي المذهب ان ذلك على الأب مع الابهام لانه هو المتولى للعقد عليه والانفاق عنه فيجب أن يكون ما يعقد عليه به بدمته مع الابهام (مسئلة) فان صرح الأب بان الصداق على الابن فقد روى محمد عن ابن القاسم انه على الأب دونه قال وقال أصبغ ان كتبه على الابن برضا الزوجين له أن يكون هكذا على الابن مجردا فهو على الابن كما لو اشترى سلعة قال وانما يلزم الأب اذا زوجه منها والابن عديم وقال محمد قول ابن القاسم أحب الى أنه على الأب وان كتبه على الابن حتى يوضح ذلك بان يقول ولست منه في شيء لكنه لكم على ابني ولا فرق بين هذا الذي قاله ابن المواز وبين ما أنكره عن أصبغ في موضع لم يتعرض له أصبغ وانما يظهر من مخوى كلامه وهو اذا قال الأب ان الصداق على ابني وسكت عنه في ذلك فهنا يمكن أن يخالف أصبغ قول محمد لقوله وانما يكون على الأب اذا زوجه مبهما * وأما المسئلة التي نص عليها أصبغ من قوله اذا رضى المزوجون بكون المهر على الابن فالنكاح ماض (فرع) فاذا قلنا أنه على الاب فطلقها الابن موسرا فان نصف الصداق على الاب وان كان معسرا فلا شيء منه على الابن قاله ابن القاسم في المدينة (فرع) واذا قلنا انه على الابن فقد قال ابن المواز يكون الابن بالخيار اذا بلغ فان دخل لم يكن عليه الا صداق المثل قال عيسى عليه الصداق المسمى

(فصل) وقوله فان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام إلا أن يسمى الاب ان الصداق عليه وهذا كما قال ان الصبي اذا كان له مال فأبهم الاب على المهر فان المهر في مال الصبي قال القاضي أبو محمد لأن من حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على من ملك المعوض منه كما لو اشترى له ثوبا أو عقارا (مسئلة) فان شرط الاب ذلك على نفسه قال محمد عن أشهب عن مالك يلزمه ذلك في العاجل والآجل وان كان الاب عديما ووجه ذلك أنه ألزم نفسه مالا انعقد بسببه عقد فلزمه أدائه كما لو قال لزيد ببيع هذا الثوب من عمرو وثمنه على فان هذا يلزمه في يسره وعدمه (فرع) ولو كبر الابن وأراد الدخول بأهله والأب معسر أخرج الابن الصداق من ماله ثم يتبع به أياه ذينا عليه قاله مالك في المدينة (مسئلة) ولو كان الابن الصغير مليا ببعض المهر فلم أر فيه نصا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندي أنه يكون في مقدار ماله من المهر بمنزلة الغنى وما زاد على ذلك مما لا وفاء به لمال الابن فحكم الابن فيه حكم من لا مال له والله أعلم (مسئلة) وأما في نكاح التفويض فان زوجه الأب صغيرا لماله فلم يفرض لها مهر احتي يبلغ الغلام فالصداق على الاب فان مات الأب فالصداق في ماله قاله عيسى ووجه ذلك أن وقت تعيين محل الصداق هو وقت العقد لأنه لا بد أن يكون للصداق محل يوم العقد ولا ينتقل عنه لعسر ولا يسر كنكاح التسمية

(فصل) وقوله وذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيرا وكان في ولاية أبيه ومعنى ذلك أن النكاح لازم له لأن عقد الأب نكاح ابنه الصغير جائز وبه قال أبو حنيفة وعروة والزهرى وطاوس وقال الشافعى ان كان الابن سليما جاز للأب أن يزوجه وان كان الابن الصغير مجنون لم يجز لأب ولا غيره أن يزوجه والدليل على جواز ذلك أن هذا صغير فجائز أن يجبره الأب على النكاح كالصحيح ودليل ثان ان كل عقد جاز للأب أن يعقده على الصغير السليم جائز أن يعقده على الصغير المجنون كالبيع (فرع) ويجوز لغير الاب من الأولياء أن يزوجه الصغير اليتيم قاله القاضي أبو الحسن ويريد به الوصى أو الحاكم وقد قاله القاضي أبو محمد في معونه مفسرا وقال ابن حبيب لا يجوز لأحد من الأولياء تزويج الصغير قبل بلوغه إلا أخ ولا جد ولا لم ولا أحد إلا الوصى أو السلطان أو خليفته الذي

يوليه ماله قال والفرق بينه وبين اليتيمة التي لا يزوجه قبل البلوغ إلا الأب إن اليتيم إن كره هذا
 النكاح استطاع التخلص منه بالطلاق واليتيمة لا تقدر على ذلك بعد البلوغ فلم تجبر عليه وقال
 الشافعي لا يجوز ذلك لغير الأب والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فجاز للولي أن يعقده
 على اليتيم إذا رآه حظا كالبيع والشراء (فرع) إذا ثبت ذلك فلا خيار للصبي إذا بلغ وبه قال
 الشافعي وقال أبو حنيفة له الخيار إذا بلغ وبه قال عمر بن عبد العزيز وطاوس وعطاء وابن شبرمة
 والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة عقده الولي على الصبي فلم يثبت له الخيار ابتداء عند بلوغه
 كالبيع (مسألة) وهذا كله إذا كان الأب صحيحا فإن كان مريضا وضمن صداق الابن ففي
 الموازنة عن مالك يجوز النكاح ويبطل الضمان قال الشيخ أبو محمد يريد إذا مات الأب قال محمد
 كاللبن مال أولم يكن وجه ذلك أن ما تحمله من الصداق عن الابن وصية لو ارث فلا يلزم إلا
 بأجازة الورثة (فرع) إذا ثبت ذلك فإن بلغ الابن في مرض الأب فأراد الدخول بها وأراد الدخول
 بعد موت أبيه كان لها الامتناع حتى يدفع المهر وإن أرادت أن تتبع الزوج به فللوصي إن رأى
 غبطة أمضاه بأداء المهر من مال الصبي والافسح به قاله في الموازنة ووجه ذلك أن ما عقده الأب على
 الابن قد منع منه فليس للزوجة أن تنقله إلى غيره إلا بأذن الوصي (فرع) ولو بلغ الصبي في مرض
 الأب فدخل بزوجه فقد قال مالك ترد المرأة ما أخذت من مال الأب وتتبع به الزوج قال محمد فإن لم يكن
 بيدها من ذلك قدر ربع دينار منع منها حتى يدفع البهار ربع دينار ووجه ذلك أنها قد أسامت نفسها
 إليه فلم يكن لها الامتناع منه إلا بحق الشرع والله أعلم (مسألة) ولو زوج ابنته في مرضه
 وأصدقها عن الزوج ففي الموازنة النكاح صحيح غير مختلف فيه واختلف في المهر فقال ابن القاسم
 وأشهب هو عطية لابنته ولا يكون في ماله وقال مالك وابن وهب وعبد الملك هو عطية للزوج نافذة
 من ثلثه إلا أن يكون أكثر من صداق مثلها فتزداد زيادة وهذا أخذ ابن المواز وابن حبيب ورواه
 أبو زيد في العتية عن ابن القاسم وجه القول الأول أن العطية إنما توجهت إلى ابنته في حال لا يجوز له
 ذلك ولو ملك العطية زوجها على وجه يفعل بها ما يشاء ويصرفها إلى ما يشاء لجاز ذلك ووجه القول
 الثاني أن النكاح صحيح وذلك يقتضي أن الهبة توجهت إلى الزوج ولو كانت الهبة لابنته لعرا
 النكاح عن عوض ولا وجب ذلك فسادا والله أعلم (فرع) فإذا قلنا بالقول الأول فقد قال ابن القاسم
 وأشهب في العتية يقال لابن الأخ إن أدبت الصداق من مالك ثم النكاح وإن أبيت بطل النكاح
 قال ابن وهب في العتية ولا شيء للزوج في مال الميت وهذا عندي يجب أن يكون حكم الزيادة على مهر
 مثلها على قول مالك إلا أن تشاء الزوجة أمضاء النكاح وترد الزيادة إن كانت تملك أمرها (فرع)
 فإن أبي الزوج دفع المهر من ماله فارق ولا شيء عليه قاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن وهب في العتية
 إن أبي الزوج فلا شيء في مال الأب الميت قيل له فهذا يدل على أنها وصية للميت قال إنما هي وصية للزوج
 على شيء إن فعله ثم له وإن لم يفعله لم يتم له (فرع) وإن طلق قبل البناء وقبل موت الأب ففي
 العتية من قول ابن القاسم لها نصف المهر من ثلثه ولا شيء للزوج في النصف الباقي وهذا رجوع من
 ابن القاسم إلى قول مالك وفي الموازنة قال أشهب من أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ولم
 يدخل بها زوجها ثم مات الأب فإنه يؤخذ ذلك من ماله قال محمد فقد ترك قوله الأول أنها عطية للميت
 قال عبد الملك وقد قال ابن دينار وغيره من أصحابنا لا شيء لها من تركه الأب لأنه أعطها على أنه إن
 دخل بها الزوج تم لها وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية في تركه أبيها لأنه عطية فيما ألزم الزوج من

نكاحه فإلما تجب عليه فيه عطية فليس بمقبوض وما وجب عليه فهو كالمقبوض (فرع) فإذا قلنا ان الصداق في مال الأب ان كان له مال فقد قال أشهب في الموازية لا سبيل للزوج اليها إلا أن يؤدي الصداق ويتبع به الميت (مسألة) قد تقدم حكم المحجور عليه لصغر من الذكور وحكم البنات وأما المحجور عليه لسفه فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه ان الأب يجبره على النكاح وكذلك وصي الأب والسلطان وخليفة السلطان وقال عبد الملك لا يزوجه من يلي عليه إلا برضاه وجه القول الأول انه محجور عليه في ماله ونكاحه فكان لمن له الحجر عليه جبره على النكاح كالصغير والعبد وجه قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم ان من ملك الطلاق من الأحرار لم يجبر على النكاح كالرشد (فرق) والفرق بين السفه يجبره عليه على النكاح ولا يجبر السفهية ان السفهية والصغير يملك ازالة ذلك عند رشده والمرأة بخلاف ذلك (مسألة) فان تزوج السفهية بغير اذن الولي فنكاحه موقوف على الفسخ ان رأى وجهه رشداً أمضاه وان رأى غير رشده كالعبد يتزوج بغير اذن سيده فان أجاز له الولي على ما عقد له ذلك وان رده قبل البناء فلا شيء عليه من مهر ولا غيره وكانت طلقته واحدة وان رده بعد البناء فقد قال عبد الملك ترد الزوجة ما قبضت أو قبض ولا يترك لها شيئاً وقال مالك وأكثر أصحابه يترك لها قال ابن حبيب القياس ما قال ابن الماجشون وقول مالك استحسن وجه قول ابن الماجشون ان ما سلم الى السفهية على وجه المعاوضة بطل جميع عوضه كالبيع وجه قول مالك ان البضع لا يجعل بذله بغير عوض فيلزم المحجور فيستوفيه على وجه مباح أقل ما يكون عوضاً له لانه بذلك يتميز من السفاح وما زاد على ذلك فلا تأثير له في الإباحة فيرد عليه ويخالف هذا البيع لانه يصح بذلك بغير عوض وجه آخر وهو ان السفهية اذا انتفع بما اشترى بغير اذن وليه لزمه قيمته فكذلك يلزمه ما يستباح به البضع اذا استوفاه (فرع) فإذا قلنا بقول مالك في الموازية وغيرها عن مالك يترك لها ربع دينار وقال مالك في الواخضة وغيرها يترك لها قدر ما يستعمل به مثلها ولم يحد وروى ابن حبيب عن ابن القاسم يترك للدينية ربع دينار ولذات القدر أكثر من ذلك وقال أصبغ بحسب ما يراه مما لا يرى يبلغ صداق مثلها ولا تذهب بغير صداق وفي المدينة عن ابن القاسم يترك لها ثلاثة دنانير أو أربعة أو نحو ذلك وقال ابن نافع يترك لها من المائة دينار عشرة دنانير وجه قول مالك ما قدمناه من ان الربع دينار أقل ما يستباح به البضع وكذلك قوله في الواخضة يترك لها قدر ما يستعمل به مثلها يقتضي ان ذلك قيمة بضعها لمن لا يستديم النكاح وأما سائر الأقوال فاستحسن وبها كانت مقتضى الفتوى في مسألة سئل عنها فأجاب بذلك والله أعلم (مسألة) فان لم يعلم بنكاحه حتى مات أحد هما نظر فان كان هو الذي مات فقد قال ابن القاسم في الموازية ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وعبد العزيز بن أبي حازم لا ميراث بينهما قال ابن حبيب ولا صداق وروى أصبغ عن ابن القاسم يتوارثان ويمضي الصداق لها من ماله لان النظر قد فات بموته وروى ابن المواز عن أصبغ ترثه وينظر الولي فان رآه مما كان يميزه فلها الصداق مع الميراث وان رآه مما لم يمكن يميزه فلها الميراث دون الصداق ان كان لم يبين بها وان كان بنى بها فلها ربع دينار وجه القول الأول انه عقد نكاح عقده محجور عليه بغير اذن وليه فكان للولي النظر فيه بالرد أو الإجازة أصله حال الحياة وجه قول ابن القاسم ما احتج به من ان النظر قد فات بموته ومعنى ذلك ان النظر في ماله انما هو لحقه بوقت يختص بحال حياته وأما بعد موته فليس بوقت نظره ولذلك جازت وصيته ولم تجز هبته حال حياته

دينار وذلك أدنى ما يجب به القطع * ش وهذا كما قال لأنه لا يجوز أن تنكح امرأة بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو عرض قيمته ذلك وهو المقدار الذي يجب فيه القطع في السرقة ولا خلاف أن أكثر المهر لا يتقدر ذكره القاضي أبو محمد وقال الشيخ أبو اسحق لأحب الاغراق في كثير من المهر قال القاضي أبو محمد وأما أقل المهر فانه يتقدر وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يتقدر ويجوز غنقه بالحبّة والحبّتين والشئ الطفيف والدليل على ما نقوله أن هذا سبب لاستباحة العضو بما لا يجب أن يكون مقدرا كالثسرة ودليل ثان أن ما قضر عن ربع دينار لا يصح أن يكون مهرا أصل ذلك ما لا يصح أن يكون ثمنا كقشرة البيضة وفلقة الحبّة * واستدلال في المسئلة وهو أن المقدار يؤثر في العقود ما لا يؤثر في الصفات ولذلك قلنا أن الزيادة في المقدار تمنع بذل ما يجري فيه الراب من العين وغيره بعضه ببعض ولا يمنع ذلك الزيادة في الصفات ثم ثبت وتقرر أن النقص في الصفات مؤثر في صحة المهر فلا يجوز بالقرون والجرار المكسورة لنقصان صفاتها بأن يؤثر نقص المقدار في ذلك أولى وأحرى (فرع) إذا ثبت أن أقل المهر يتقدر فأن أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم وأجاز ابن وهب من رواية ابن حبيب النكاح بدرهم وروى عن ربيعة جوازه بنصف درهم وقال ابن شبرمة أقل ذلك خمسة دراهم وقال أبو حنيفة أقل المهر عشرة دراهم أو دينار وقال النخعي أربعون درهما وقال ابن جبير خمسون درهما ودليلنا أن هذه المسئلة مبنية عندنا على أن يد السارق تقطع بربع دينار فإن لم يسلم لنا ذلك نقلنا الكلام إلى القطع في السرقة وإن سلم لنا فسنا عليه بأنه عضو مستباح بما لا فوجب أن يتقدر بما أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم (فرع) إذا ثبت ذلك فن تزوج بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم فانه يخير قبل البناء بين اتمام الثلاثة دراهم أو الفسخ قال ذلك جماعة من أصحابنا قال سحنون وقد قال بعض الرواة يفسخ وإن أتم ثلاثة دراهم فإذا قلنا بالرواية الأولى فإن أتم المهر فهو على نكاحه وإن أبي من ذلك ففسخ النكاح بينهما بتطبيقه وكان لها نصف الدرهمين قاله ابن المواز وجماعة من أصحابنا وقال الشيخ أبو اسحق لا شيء لها وجه قولنا لها نصف الدرهمين أنه صدق اختلاف أصحابنا في صحته فلذلك حكم لها بنصفه ووجه القول الثاني وعليه جماعة من المتأخرين أن هذا مهر فسخ النكاح لعدم صحته فإذا فسخ قبل الدخول لم يجب نصفه أصل ذلك إذا كان الفساد في جنسه (مسئلة) وإن بنى بها لزم النكاح قال ابن الماجشون ويلزمه مهر المثل وقال ابن القاسم وأشهب ويتم لها ثلاثة دراهم وجه قول ابن الماجشون أن الفساد في المهر فإذا فسخ النكاح بالبناء لزم الزوج مهر المثل ووجه قول ابن القاسم أن جنس المهر صحيح وإنما دخل الفساد في مقداره فوجب تصحيحه في المقدار لا في الجنس وقد رخصت بما دون الربع دينار من ذلك الجنس فإذا بلغت ربع دينار فلا زيادة لها عليه ألا ترى أنها لو تزوجت بدينار نقدا ودينار مؤجلا إلى موت أو فراق وكان مهر مثلها ألف دينار فقات المهر بالبناء أنها لا تزداد عند ابن القاسم على الدينارين (فرع) إذا ثبت ذلك فإن الفساد يدخل في المهر من جهتين أحدهما من جهة العدد وقد تقدم ذكره والثانية من جهة الجنس وفي ذلك بابان * الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس * والباب الثاني في حكم النكاح المنعقد على ذلك

دينار وذلك أدنى ما يجب به القطع.

(الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس)

المهر على ضربين منافع وأعيان وقد تقدم الكلام في حكم المنافع والكلام ههنا في حكم الأعيان وذلك أن الأعيان على ضربين ضرب يجوز تملكه كالدينار والدراهم والحيوان

والعروض وضرب لا يجوز تملكه كالنحر والخنزير والأحرار من بني آدم فأما ما يجوز تملكه فانه على قسمين معين وغير معين فأما المعين فانه يجوز عقد النكاح به ما لم يمنع من ذلك عذر غالب وذلك على وجهين حاضر وغائب فأما الحاضر فيجوز النكاح به كالنكاح بالدنانير والدرهم والعقار والحيوان والعروض والمكيل والموزون من الطعام وغيره جزافاً أو غير جزاف لأنه عقد معاوضة وأما ما يكون فيه عذر غالب كالثمرات التي لم يبدل صلاحها على التبقية أو الجنين في بطن أمه فان القاضي أباحه قال لا خلاف في منع العقد به لأنه غرر ولا يجوز عقد النكاح بمعين لا يملكه الناكح كدار زيد وعبد عمرو رواه ابن المواز عن القاسم (مسئلة) فان كانت الأعيان غائبة كالعبد الغائب على مسيرة شهر فقد روى محمد عن ابن القاسم لا بأس به الا أن يكون بعيداً جداً كتراسان والأندلس فأكبره لا نقطاع خبره وقال ابن حبيب عن مالك مثل افرقية من المدينة فلا خير فيه فان كان قريب الغيبة مما لا يجوز التقديف كالأيومين والثلاثة جاز دخول الناكح قبل قبضه وان كان بعيد الغيبة لم يجز ذلك فان قدم ربع دينار وان ساء مع العبد رواه محمد عن ابن القاسم وقال ابن حبيب ان كانت غيبته على مثل الشهر والعشرة أيام جاز لنا كح البناء قبل القبض بخلاف البيع ويستحب له أن يعجل ربع دينار ولا يكون العبد المعين الغائب والارض الغائبة الا موصوفة قربت الغيبة أو بعدت ولو كان في المنزل رواه ابن المواز لانه اذا عدت الرؤية والصفة كان مجهولاً

(فصل) وأما ما لا يجوز تملكه فعلى ثلاثة أضرب لا يستدام ملكه وضرب لا يملك جلة وضرب ثالث يمنع من تملكه حق الغير فأما لا يستدام تملكه فمثل أن يصدقها أباً دأواً من يعتق عليها من ابن أو أخ فقد روى في المختصر ابن عبد الحكم عن مالك أن ذلك جائز لانها تملكه بالعقد وكل ما جاز أن يكون عوضاً في البيع فانه يكون عوضاً في النكاح قال ابن عبد الحكم عن مالك ويعتق عليها قال الشيخ أبو بكر سواء كانت موسرة أو معسرة لانه لما أصدقها من يعتق عليها فقد أذن لها في ذلك قال ابن حبيب عن أشهب وأصبغ وكذلك لو أمهرها عبداً يكون لغيرها الا صداق لها غير ذلك فانه جائز كما يجوز في البيع ولو تزوجها على أن يعتق أباً دأواً أو أحداً من يعتق عليها وهو في ملكه فقد قال ابن الماجشون النكاح مفسوخ لانها لا تملك منه شيئاً (مسئلة) فان تزوجها بما لا يصح أن تملكه كالنحر والخنزير والحرف فقد قال القاضي أبو محمد العقد غير صحيح وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد ومن جهة القياس ان هذا معنى لا يصح أن يكون مهر الحق الله فوجب أن يكون المهر فاسداً كالبيع في نكاح الشغار واذا تزوجها بغير فقد روى العتيبي عن أصبغ يفسخ النكاح اذا عرف فاحريته وان جهل ذلك أحدهما لم يفسخ وروى عن سحنون ما ظاهره انه يفسخ وان لم تعلم ذلك المرأة (مسئلة) وأما ما يصلح أن تملكه ويمنع منه حق الغير كالدار المغصوبة فان كان ماله فيه شبهة كالابن الصغير في ولايته فان ابن حبيب قال لم يختلف أصحابنا اذا كان الأب موسراً يوم الامهار فذلك جائز للزوجة ووجه ذلك ما رواه ابن المواز عن مالك انه قال وذلك مثل ما لو اشتراه لنفسه منه قال مالك سواء بنى بها أو لم يبن قرب ذلك أو بعد علمت به المرأة أو لم تعلم عرضاً كان أو رقيقاً أو غيره ويتبع الابن الأب بقيمة ماله فيما حكمنا بقيمة أو بمثله في ماله مثل فان كان الأب معبراً فروى ابن المواز عن مالك هو للمرأة ورواه ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبغ وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا شيء في المرأة وجه القول الأول انه معاوض بمال ابنه الذي يليه فيه فوجب أن يجوز عليه في عدم الأب وغناه كالمولوباعه

ووجه قول ابن الماجشون انه أراد استهلاك مال ابنه ولا مال له فوجب أن يمنع منه كماله وهبه لاجنبى (فرع) فاذا قلنا انه لا يبرأ فقد قال ابن الماجشون انه له وان بنى أبوه بالمرأة وقال مطرف انما ذلك له ما لم يبن بها فان بنى بها فهو للمرأة وجه قول ابن الماجشون انه أخذ مال ابنه بغير عوض بصير اليه فلم يكن ذلك لمن صيره الله كماله وهبه لاجنبى ووجه قول مطرف ان المعاوضة فيه قدمت لاستيفائه البضع بخلاف الهبة قال ابن حبيب وهذا ما لم يتقدم الامام الى الأب في أن لا يتزوج بمال ابنه فان تقدم اليه في ذلك لم يجز منه لشيء والا بن أحق به من المرأة في عدم الأب بنى أو لم يبن وهذا مما لا يختلف فيه ووجه ذلك ان تقدم الامام حكم بمنع منه وبالله التوفيق قال محمد عن ابن القاسم وان كان الولد ممن لا ولاية عليه كالكبير أو ولد الولد فانه ينتزع من المرأة ان وجد فان لم يوجد فلا شيء لهم عليها الا أن يكون ثوب البسته أو طعاماً كفته قال عيسى بن ابن القاسم سواء علمت أو لم تعلم ووجه ذلك انه بمنزلة من ابتاع من غاصب فلا ضمان عليه الا أن يكون استهلك ما ابتاع (مسئلة) وان لم يكن فيه شبهة ملك مثل أن يكون عبداً سرقه أو غصبه فقد روى العتيبي عن سحنون ان النكاح ثابت ان لم تعلم بذلك الزوجة وان علمت بذلك ففسخ قبل البناء وثبت بعده

(فصل) فأما الاعيان التي ليست بمعبنة وانما ثبتت في الذمة فان كانت مما يجوز أن يكون عوضاً في البيع منه يجوز أن يكون عوضاً في النكاح وقد يختلفان في معنى الحلول والتأجيل فيجوز أن يتزوج بعبد في ذمته غير موصوف وعما الوسط من ذلك وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز الا أن يكون موصوفاً والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ودليلنا من جهة المعنى اتفاقهم على جواز النكاح بمهر المثل وفيه من الغرر أكثر لما جوزه مع اسناده الى المعروف من عبيد ذاك البلد القيمة الوسطى يوم العقد رواه ابن المواز عن ابن القاسم ويكون له مع عدم الجنس غالب رقيق البلد من السودان أو الحران فان استوا فلهما نصفهم من الحران ونصفهم من السودان وله سحنون في العتبية وعليه الاناث ان لم يذكروا ولا انا قال مالك في العتبية عليه الاناث لانه عرف الناس وان تجهزها بجهاز بيت جاز ذلك ولها الوسط من جهاز مثلها من أهل الحاضر وان كانت حضرية أو من أهل البادية ان كانت بدوية رواه ابن القاسم عن مالك

(الباب الثاني في حكم النكاح المنعقد على ذلك)

اذا وقع الفساد في النكاح لفساد المهر فقد قال القاضي أبو محمد لا خلاف في منعه ابتداءً فان وقع ففيه رايان احدهما انه يفسخ العقد قبل البناء وبعده والاخرى يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويجب صداق المثل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان النكاح صحيح ولا يفسد بفساد المهر ويجب فيه مهر المثل فاذا قلنا ان العقد فاسد فوجه قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم فعلق الاحلال بشرط أن يبتغى بأموالنا والجر والخزير ليس بمال لنا وهذا عندى على القول بدليل الخطاب ومن جهة المعنى ان هذا عقد معاوضة فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ووجه آخر انه أحد العوضين في النكاح فوجب أن يفسد النكاح بتعريمه كتحريم البضع ووجه التصحيح ان عقد النكاح مقصوده المكارمة والمواصله فلذلك يفسد بفساد الثمن ولذلك جاز عقد النكاح من غير تسمية المهر ولا يجوز ذلك في البيع (فرع) هذا الذي ذكره القاضي أبو محمد بلفظ الصحة والفساد ثم قال وقد اختلف أصحابنا في تأويل قول مالك يفسخ قبل

الدخول ويثبت بعده فثم من حمله على الإيجاب تغليظا وعقوبة ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطا وخروجا من الخلاف فان وقع الدخول لم يفسد لان الصداق قد وجب فلا يوجد المعنى الذى لاجله فسخ قبل الدخول ومعنى قوله يفسخ قبل الدخول ردعا يراد به يكون الرجوع بما يلزم من الطلقة فان تزوجها بعد ذلك رجعت اليه على طلقتين وقوله في وجه الاستحباب انه اذا وقع الدخول وجب الصداق على وجه الصحة فلم يفسخ بطرد على قول من قال ان الفسخ قبل البناء واجب بفساد المهر فلما انتقل بالبناء الى مهر المثل صح وعرا النكاح عن فساد المهر * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندي أن الفسخ واجب وهو ظاهر قول المتقدمين من أصحاب مالك وانما ذهب الى الاستحباب المتأخرون من أصحابنا حين ألزمهم المخالف ان العقدان كان انعقد على الفساد فلا يخرج عن ذلك بالبناء وما قاله المتقدمون جاز على قولهم في البيع الفاسد لفساد العوض يفسخ قبل الفوات ولا يفسخ بعد الفوات وما قاله المخالف غير لازم وقد بينته في كتاب السراج بما يغنى الناظر فيه ان شاء الله

﴿ ارخاء الستور ﴾

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق * مالك عن ابن شهاب أن زيدا بن ثابت كان يقول اذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق * ش قوله رضى الله عنه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق يريد اذا خلا الرجل بامرأته وانفردا نفردا بينا فقد وجب كمال الصداق على الزوج وظاهر هذا اللفظ يقتضى أن بالخلاوة يجب على الزوج اكمال الصداق وان لم يكن الميسر غير أن معناه عند مالك فيما روى محمد عن ابن وهب أنه أريد بالخلاوة اذا أرخيت الستور بالخلاوة وأريد بقوله فقد وجب الصداق اذا ادعت المرأة الميسر بمعنى أن الخلاوة شهادة لها جارية ان الرجل متى خلا بامرأته أول خلاوة مع الحرص عليها والتشوف اليها فانه فلما يفارقها قبل الوصول اليها فهذا الذى أراد بقوله فقد وجب الصداق ولم يرد أن الصداق يجب بنفس الخلاوة وان عرا من الميسر قال وقد أحكم كتاب الله هذا في قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وقاله أصبغ وابن حبيب وهذا قال من الصحابة ابن عباس وزاد القاضي أبو الحسن وابن مسعود وطاوس وبه قال الشافعى في الجديد وهو قول ابن سيرين وقال أبو حنيفة يكمل الصداق بنفس الخلاوة قال القاضي أبو الحسن وبه قال من الصحابة عمر وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل ومن التابعين الزهري وعروة بن الزبير وعطاء بن أبي رباح وأما على قول عمرو بن زيد فقد بينا تأويل مالك لهما ويجوز أن يكون قول على يحتمل مثل ذلك من التأويل والله أعلم والدليل على ما ذهب اليه مالك ما احتج به من قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهذا قد طلق قبل الميسر ودليلنا من جهة القياس ان هذه خلاوة عريضة عن المتعة فلا يجب بها كمال الصداق أصله اذا كان بمحض الحكم أو كان الزوج محرما أو صائما ص * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول اذا دخل الرجل بالمرأة في بيتها صدق عليها فاذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه قال مالك أرى ذلك في الميسر اذا دخل عليها في بيتها فقالت قد مسنى وقال لم أمسها صدق عليها فان دخلت عليه في بيته

﴿ ارخاء الستور ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أن زيدا بن ثابت كان يقول اذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول اذا دخل الرجل بالمرأة في بيتها صدق عليها واذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه قال مالك أرى ذلك في الميسر اذا دخل عليها في بيتها فقالت قد مسنى وقال لم أمسها صدق عليها فان دخلت عليه في بيته

فقال لم أمسها وقالت قد مسني صدقت عليه * ش قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه هذا خلاف لما تأوله أصحابنا على عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذلك أنهم حملوا قول عمر على أن بالخلوة حيث كانت يكون القول قول الزوجة في دعوى المسيس وان أنكره الزوج وحملوا قول سعيد ابن المسيب هذا على أن الخلوة على سبيل الالتذاذ بالزوجة والقبل دون البناء فقال ان كانت هذه الخلوة في منزل الزوجة فالقول قول الزوج في انكار المسيس وان كان في منزل الزوج فالقول قول الزوجة في دعوى المسيس لما قدمناه من انبساط الزوج وقلة هيئته في منزله وما جبل عليه الناس من الانقباض والهيبة والحياء في المنزل الذي يزور فيه فأما خلوة السفلاء في حيث كانت أو جبت تصديق الزوجة وقد قال مالك بكلا القولين وقد روى ابن وهب عن مالك أنه قال حيث أخذ الغلق الزوجين في أهله أو في أهلها فالقول قول المرأة ان ادعت المسيس وبه أخذ ابن وهب (مسئلة) فان أقرت بالخلوة أو قامت بها بينة فحكمه ما قلناه وان لم تكن بينة ولا اقرار فقد روى ابن حبيب عن أصبغ ان اليمين على الزوج في دعوى المسيس عليه ان أنكر الخلوة وادعت ذلك الزوجة قال وقد كان ابن القاسم يقول اذا ادعت المسيس في أهلها وقد عرف اختلافها اليها أو لم يعرف لزمه اليمين في الأمرين فان حلف برئ وان نكل غرم جميع الصداق ووجه ذلك أن الأصل في استصحاب حال الفعل عدم ما يشهد لها ويجعل قولها الأظهر فالقول قوله فان حلف برئ وهذه فائدة يمينه وان نكل فعليه الصداق ولم يذكر أن اليمين ترد على المرأة (فرع) وهذا اذا كانت ثيبا ودعا الزوج الى أن ينظر اليها في كتاب محمد عن مالك هي مصدقة ولا ينظر اليها وقد قال القاضي أبو محمد في التي تنكر الوطء والزواج بدعيه أن من أصحابنا من قال في البكر ينظر اليها ويحتمل أن يكون ههنا مثله (فرع) وسواء كانت الزوجة في حال يحل وطؤها أو لا يحل كالصائمة في رمضان والمحرمة والخائض رواه محمد عن ابن القاسم فان كانت الخلوة في نكاح فاسد فقد روى محمد عن مالك انه قال اذا كان النكاح مما يفسخ ولا يقر عليه بحال أن القول في ذلك كله قول المرأة اذا أرخت الستور ووجه ذلك أن هذا معنى يجب به اكمال المهر مع خلوة الزوج في النكاح الصحيح فوجب أن يكمل في النكاح الفاسد كالإقرار بالوطء (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الموجب عندنا في كمال الصداق بالبناء هو الوطء بمغيب الحشفة وان لم يكن غير ذلك هذا قول جماعة شيوخنا ووجه ذلك أن الأحكام انما تتعلق بمغيب الحشفة من وجوب الغسل ووجوب الحد واحلال المطلقة وافساد الحج والصوم وغير ذلك من الأحكام فأما الخلوة والتلذذ فلا تتعلق به الأحكام فلا اعتبار بها (فرع) وهذا اذا كان التلذذ في الخلوة أو المدة اليسيرة بعد البناء فأما اذا قام معها المدة الطويلة كالعام ونحوه فقد حكى القاضي أبو الحسن أن لها جميع المهر ومن أصحابنا من قال لها نصف المهر قال القاضي أبو الحسن وهذه الرواية المعول عليها ووجه قولنا ان لها جميع المهر اتمام المهر عوضا من طول تلذذه بها وتغييره لجهازها ووجه قولنا لها نصف المهر أنه نكاح عري عن المسيس فلم يجب فيه بالطلاق غير نصف المهر أصله اذا طلق قبل البناء

* المقام عند الأيم والبكر *

ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة

فقال لم أمسها وقالت قد مسني صدقت عليه

* المقام عند الأيم والبكر *

* حدثني يحيى عن مالك

عن عبد الله بن أبي بكر

ابن محمد بن عمرو بن حزم

عن عبد الملك بن أبي بكر

ابن عبد الرحمن بن الحارث

ابن هشام المخزومي عن

أبيه أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم حين تزوج

أم سلمة

وأصبحت عنده قال لها ليس بك على أهلك هو ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلثت \times ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده يقتضي أنه قال لها ذلك في أول يوم أصبحت فيه عنده وقدر وى أنه قال لها ذلك بعد انقضاء الثلاثة أيام رواه مسلم من حديث عبد الملك بن أبي بكر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة فدخل عليها فأراد أن يخرج أخذت بثوبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان شئت زدتك وحاسبتك به البكر سبع والثيب ثلاث ويحتمل أن يكون قال لها ذلك صلى الله عليه وسلم أول يوم فاخترت الثلاثة ثم قال ذلك بعد انقضاء الثلاثة الايام حين تعلقت بثوبه اعادة للتخير

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ليس بك على أهلك هو ان يريد أنها ليست بهينة عليه بل يريد اكرامها وموافقة ارادتها في المقام عندها وانه ان أقام عندها ثلاثة أيام مع ان المقام عند البكر سبع فليس هو انما عليه وانما ذلك لأن حق سائر الزوجات متعلق بالمقام عندها فان سبع عندها وزاد على المقام عند الثيب فلا بد أن يقضى سائر نسائه من المدة مثل ذلك ويسقط حكم الثلاث عند الثيب لأنه وان كان الحق لها في مقام ثلاثة أيام فليس لها أن تتصل بما بعدها فيسقط لذلك حكم الثلاث ويبقى مجرد التسبيع تضمنا لارادة أم سلمة رضي الله عنها فلا بد من مثل ذلك عند غيرها من أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وان اقتصر على الحق الواجب لها من التثليث لم يقض سائر الأزواج شيئا واستأنف القسمة وهذا يقتضي أن المقام عند الثيب حق لا يقضى به سائر الزوجات مقاما ولا لمن فيه اعتراض لتعليقه ذلك بمشيئة أم سلمة دون مشيئته وقد اختلف أصحابنا في ذلك هل هو حق للزوج أو الزوجة قال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان قال وفائدة الخلاف أنه اذا كان حقه جاز له فعله وتركه واذا كان حقه للزوجة لم يكن له تركه الا باذنها فوجه القول بأنه حق للزوج قوله في حديث أم سلمة ليس بك على أهلك هو ان شئت سبعت عندك وان شئت ثلثت ودرت فأخبر بان ذلك على وجه الاكرام فالظاهر أنه ليس من حقوقها لأن الاكرام لا يستعمل في إتياء الحقوق وانما يستعمل في اعطاء ما ليس بحق للمكرم ولو كان ذلك من حقوقها لقال ليس بنا منع حقه ووجه قولنا بأنه من حقوق الزوجة قوله في حديث أنس للبكر سبع والثيب ثلاث وقد أسنده ابن وهب في غير الموطأ ومن جهة المعنى أن الغرض تأنيس المرأة وبسطها وازهاق ما يلحقها من الانقباض والتجمل وهذا من حقوقها وقد حكى القاضي أبو الحسن أنه حق لها جميعا وهو قول صحيح عندي (فرع) فان قلنا انه حق للزوجة فهل يقضى به على الزوج أم لا قال أصبغ في الموازية هو حق عليه ولا يقضى به عليه كالمصلحة وفي النوادر عن محمد بن عبد الحكم يقضى به عليه فوجه القول الاول أنه حق للزوجة سببه المكارمة فلم يقض به على الزوج كالمصلحة ووجه القول الثاني أنه حق للزوجة من المقام عندها فوجب أن يقضى به على الزوج كالقسم بين الزوجات (فرع) وهل يكون ذلك للزوجة اذا لم يكن عنده غيرها روى أبو الفرج عن ابن عبد الحكم أن ذلك على الزوج وان لم يكن له نساء غيرها وقال ابن حبيب لا يلزمه المقام عندها اذا لم يكن له غيرها وجه القول الاول ان طريق ذلك التأنيس وحاجتها الى ذلك اذا لم يكن له غيرها كحاجتها اذا كان له غيرها ووجه القول الثاني ان هذا مقام عند الزوجة فلا يلزم من ليس له غيرها كالقسم

(فصل) وقوله ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن يريد التخيير لها في ذلك قال القاضي أبو

وأصبحت عنده قال لها
ليس بك على أهلك هو ان
ان شئت سبعت عندك
وسبعت عندهن وان
شئت ثلثت عندك ودرت
فقالت ثلث

الحسن ان اختارت التسبيع قضي سائر نساءه سبعاً سبعا وقال ابن المواز عن مالك لا يغيرها في ذلك
وقبضت السنة بان يقيم عندها ثلاثاً وجه القول الاول التعلق بظاهر الحديث ووجه القول الثاني
التعلق بما ثبت من الفعل فصار ذلك حكماً على جميع الزوجات والله أعلم ص * مالك عن حميد
الطويل عن أنس بن مالك انه كان يقول للبكر سبع والثيب ثلاث قال مالك وذلك الأمر عندنا *
ش قوله للبكر سبع والثيب ثلاث يقتضي ظاهره انه حق للمرأة ولو كان حقاً للزوج لقال للزوج
في البكر سبع وفي الثيب ثلاث وبهذا قال من الصحابة أنس ومن التابعين من بعدهم النخعي والشعبي
والشافعي واحمد بن حنبل وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري للبكر ثلاث ثم يقسم والثيب
يومان ثم يقسم وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة لا تفضل الجديدة على القديمة بكراً كانت أو ثيباً
والدليل على ما قلناه ما رواه البخاري قال حدثنا يوسف بن راشد قال حدثنا أبو أسامة عن سفيان
قال حدثنا أيوب وخالد عن أبي قلابة عن أنس قال من السنة اذا تزوج الرجل البكر أقام عندها سبعا
وقسم واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم قال أبو قلابة ولو شئت لقلت ان أنس رفعه الى النبي
صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة المعنى ان الطارئة يلحقها من الاستحاش والانتقباض ما يحتاج به
الى التأنيس وذلك لا يكون الا بطول المقام عندها ولما كانت البكر أكثر حياء وانتقباضاً
احتاجت من التأنيس أكثر مما احتاجه الثيب وهذا التعليل على أصل من جعله حقاً للزوجة وأما
على أصل من جعله حقاً للزوج فقد قال القاضي أبو محمد لما كان التذاذ الزوج بالطارئة أكثر من
التذاذ بالمقدمة جعل له من المقام عندها ما يصل به الى ذلك (فرع) والحرمة كالأمة في ذلك قاله
القاضي أبو الحسن ووجه ذلك انها زوجة تحتاج الى التأنيس كالحرمة (فرع) وهل يتخلف
العروس في هذه المدة عن صلاة الجماعة والجمعة روى في العتبية ابن القاسم عن مالك لا يتخلف عنها
قال سحنون وقد قال بعض الناس إنه لا يخرج وذلك لها بالسنة وجه قول مالك انه ان كان حقاً
للزوج فان الزوجة لا تملكه وان كان حقاً لها فانها لا تملك منه الا ما زاد على وقت أداء الصلاة ووجه
رواية سحنون ان من ملك منافع أجبر في مدة ما فانه تسقط بذلك عنه فرائض الجمعة وحقوق اتيان
الجماعات كالسيد في عبده ص * قال مالك فان كانت له امرأة غير التي تزوج فانه يقسم بينهما بعد
أن تمضي أيام التي تزوج بالسواء ولا يحتسب على التي تزوج ما أقام عندها * ش وهذا كما قال وذلك
انه اذا تزوج امرأة وكان عنده غيرها فأقام عند الحديثة ما قدمناه من المقام الثابت في حقها فانه
يقسم بينهما وبين القديمة بعد ذلك على السواء وبيانها يبدأ قال ابن المواز عن مالك يبدأ بينهما أحب
وأحب الى أن يبدأ بالقديمة كأنه من عند الأخرى خرج (مسألة) وأي وقت يبدأ بالمشى على نسائه
قال مالك في كتاب محمد له أن يبدأ بالليل قبل النهار أو بالنهار قبل الليل ووجه ذلك ان الذي عليه
أن يكمل للواحدة يوماً وليلة هو التخير في أن يبدأ بأي الزمانين شاء على ان أظهر من أقوال أصحابنا
انه يبدأ بالليل (مسألة) وصفة القسمة أن يكون عند كل واحدة يوماً وليلة قاله ابن حبيب قال
ولا يجوز أن يقسم لكل واحدة يومين رواه ابن المواز عن مالك قال ولو جاز لجاز ثلاثاً وأربعاً
ووجه ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها ان سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان النبي صلى
الله عليه وسلم يقسم لعائشة يوماً ويوم سودة ووجه ذلك من جهة المعنى ان في تطويل المدة على
النساء بالتغيب عنهن اضراراً بهن وما قصر من مدة تغيبه عنهن أرفق بهن وليس في المدد ما يتبين
تحديده ويمكن التساوى فيه أقصر من مدة يوم وليلة (فرع) وسواء في ذلك الصغيرة والكبيرة

* وحدثني عن مالك عن
حميد الطويل عن أنس
ابن مالك أنه كان يقول
للبكر سبع والثيب ثلاث
قال مالك وذلك الأمر
عندنا قال مالك فان كانت
له امرأة غير التي تزوج
فانه يقسم بينهما بعد أن
تمضي أيام التي تزوج
بالسواء ولا يحتسب على
التي تزوج ما أقام عندها

والصحة والمريضة التي لا توطأ والرتقاء وغيرها ووجه ذلك أنه متى استسك بهن فحقهن متساو
في الزوجة فوجب أن يتساوى بينهما في القسمة

﴿ ما لا يجوز من الشروط في النكاح ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها أن لا يخرج بها من
بلدها فقال سعيد بن المسيب يخرج بها إن شاء ﴾ ش قوله في المرأة التي تشترط على زوجها أن
لا يخرج بها من بلدها إن له أن يخرج بها إن شاء ومعنى ذلك أنه لا يلزمه بالحكم وأما على الوفاء لها
ما شرطت عليه من أن لا يخرجها من بلدها وما أشبه ذلك فإنه مأثور به رواه محمد عن أشهب
عن مالك فممن تزوج امرأة على أن لا يمنعها الخروج إلى المسجد فإنه ينبغي أن يفي لها بذلك ولا
يقضى به عليه وقال ابن حبيب وقيل استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفي لها بما شرطت وإن ذلك
غير لازم للزوج وعليه جمهور الفقهاء وقيل روى ابن المواز عن ابن شهاب أنه كان يوجب عليه
ما التزم من الشروط في النكاح وإن لم تكن معلقة بيمين وروى عبد الرزاق عن شريح أنه قضى
به والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ويدل على ذلك ما رواه البخاري قال
حدثنا عبد الله بن يوسف قال أخبرنا الليث قال حدثني يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير عن عقبة بن
عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج وتعلق
ذلك بالوفاء لها دليل على أنه لا يحكم به عليه وإن ذلك مصروف إليه (مسئلة) وهذه الشروط في
الجملة مكروهة قال ابن حبيب يكره أهل العلم الشروط في النكاح وإيقاع شهادتهم عليها وروى
أشهب عن مالك في كتاب محمد والعتي أني لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد لا يخرجها من بلدها
ولا يمنعها من داخل يدخل عليها ولا يمنعها من حج ولا عمرة قال فإذا كان هكذا فهو لا يملكها إذا
ملكها تاما ولا يستباح البضع إلا بملك تام ويكره أن يشترط في تملكه هذه الشروط التي تمنع تمام
ملكه كما لو شرطت في ملك اليمين قال مالك ولقد أشرت منذ زمان أن أنهي الناس أن يتزوجوا
بالشروط وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته وأنه كتب بذلك كتابا وصح به في الأسواق
وتعلق في ذلك ابن حبيب بما روى عن عائشة قالت قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال
الناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرط ليس في كتاب الله فليس له وإن
شرط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق * إذا ثبت ذلك فإن هذه الشروط على ضربين * أحدهما
أن تكون غير مؤثرة في النكاح * والثاني أن تكون مؤثرة فيه فأما التي لا تؤثر فيه فهي التي لا تؤثر
في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ولا يتخذ أم ولد ولا يخرجها
من بلدها ونحو ذلك من الشروط فهذه قال ابن حبيب لا يبلغ من كراهية أهل العلم لها أن تكون
حراما أو يفسخ بها النكاح (فرع) إذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يشترط هذا الشرط ولا يسقط لها
شيأ به أو يشترطه ويسقط لها به حقا فقد قدمنا أنه يؤمر بالوفاء به ولا يحكم عليه بذلك وإن أسقطت
بسببه حقا من مهر أو غيره فلا يخلو أن تسقطه حين العقد أو بعده فإن كان أسقاطها حين العقد فإن
ذلك لا يؤثر فسادا في العقد وقال الشافعي إن ذلك يفسد العقد والدليل على ما نقوله أن هذه
الشروط لا تؤثر في المهر فلم يوجب فيه فسادا أصل ذلك إذا شرطت بعد العقد (فرع) إذا
ثبت ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه يخرجها ولا ترجع عليه بشئ مما أسقطته إياه وروى

﴿ ما لا يجوز من الشروط
في النكاح ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
أنه بلغه أن سعيد بن المسيب
سئل عن المرأة تشترط
على زوجها أنه لا يخرج
بها من بلدها فقال سعيد
ابن المسيب يخرج بها إن
شاء

أشهب وابن نافع وعلى بن زياد في المدونة عن مالك أن كان بقي لها من المهر مثل مهر مثلها لم ترجع عليه بشئ وإن كان أقل من مثلها قلها أن ترجع عليه زاد ابن حبيب ترد إلى مهر مثلها ومثله في العتبية وفي كتاب محمد ترجع عليه بما وضعت فتأخذه ولعله يريد بما وضعت من مهر مثلها وجه رواية ابن القاسم ما أخرج به من أن ما أسقطته لم يثبت لها قط زاد ابن حبيب فكان بمنزلة ما يذكر في النكاح للسمعة وعلى هذا الوجه ذكره في الصداق ولم يرض الزوج أن يثبت لها في ذمته ووجه قول أشهب أنه عوض أسقطته في مقابلة ما لم يصح لها فوجب أن ترجع بما بذلته من العوض أصل ذلك أنها أسقطته بعد العقد (مسئلة) وأما أن أسقطت بعض مهرها بعد انعقاد النكاح فشرطت عليه بذلك شروطا قال محمد مثل أن لا يخرجها ولا يتزوج عليها غيرهما فإن له أن يفعل ذلك كله ولها أن ترجع فيما وضعت ووجه ذلك أن هذا مما استقر ملكها عليه فإذا عوضته به على وجه لم يف لها به وجب رد ذلك اليها كما لو أعطته على ذلك شيئا من مالها الذي بيدها * وأما الضرب الثاني وهو الذي يؤثر في عقد النكاح فهو ما أترجها له في المهر أو غير بعض ما اقتضى العقد كاختيار ونحوه وذلك مثل أن يتزوج المرأة بشرط أن لها من النفقة كذا في كل شهر وتشتري نفقة خدامها أو نفقة ابنها من غيره أو على أن لا تنفق لها فهذا كله يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويسقط الشرط ووجه ذلك ما قدمناه من أن هذا الشرط قد أترجها له في العوض ففسد لذلك العقد قبل البناء ويثبت بعده والله أعلم

ص * قال مالك فالأمر عندنا أنه إذا اشترط الرجل للمرأة أن كان ذلك الشرط عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك ولا أسرى أن ذلك ليس بشئ إلا أن يكون في ذلك بين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه ويلزمه * ش وهذا كما قال وذلك أن مجرد الشرط لا يلزم في شئ من الأشياء شرط بها أن لا ينكح عليها ولا يتسرى معها أو غير ذلك من الشروط وله أن يفعل ذلك كله ولا شئ عليه فيه ولا يمنع من فعله إلا أن يقيد الزوج ذلك بيمين فتلزمه تلك اليمين سواء علق يمينه بطلاق أو عتاق أو غيره من الأيمان التي تلزم إلا أن الذي يحكم به عليه من ذلك الطلاق والعتق وأما ما يخلف به من اليمين بالله أو المشي أو غير ذلك فإنه ان خالف ما خلف لها عليه حنث لكنه لا يحكم عليه بالكفارة وقد اختلف في الصدقة ونحن نبين ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى (مسئلة) وإذا زوج الصغير وليه والزيمه شرطها بتمليك أو طلاق أو عتق فعند ابن القاسم لا يلزم شئ من ذلك بالزام الولي وفي العتبية من رواية ابن أبي زيد عن ابن وهب أن ذلك يلزمه إذا بلغ بنى أو لم يكن وجه قول ابن القاسم أن هذه أيمان فلا يعقدها أحد عن أحد كاليمين بالله تعالى ولذلك لم تلزم بمجرد الشرط حتى يقرن بها الأيمان ووجه قول ابن وهب أنها شروط فلزمت بالزام الولي كصفة الصداق (فرع) فإذا قلنا بقول ابن القاسم فإن دخل بها بعد البلوغ وبعد العلم بما عقد عليه فقد قال ابن القاسم هذا التزام منه لها قال أبو عبد الله بن العطار في وثائقه وقد قيل لا يلزمه ذلك وجه قول ابن القاسم أن دخوله بها مع العلم بها انعقد عليه رضاه والتزامه فوجب أن يلزمه كما يلزمه بقوله رضيت بذلك ووجه القول الثاني أن هذه أيمان لم يلزمها بنطق ولا فعل يقوم مقام النطق إذ له أن يقول رضيت بالنكاح ولم أرض الشرط فلم يلزمه كما لا يلزمه باستدامة العقد بعد البلوغ (فرع) وإن علم بذلك بعد البلوغ وقبل البناء وكره التزامها فعند ابن القاسم يقال له أما أن تلزم وأما أن ينصرف الخيار لها قال أبو عبد الله بن العطار لا يلزمه ذلك وله أن يبنى بها إلا أن يتطوع بالتزامها وجه القول الأول أن نكاحها انعقد على التزام ذلك فليس له التزام النكاح واسقاطها

* قال مالك فالأمر عندنا أنه إذا اشترط الرجل للمرأة أن كان ذلك الشرط عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك ولا أسرى أن ذلك ليس بشئ إلا أن يكون في ذلك بين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه ويلزمه

ووجه القول الثاني ان هذه شروط لم يلزم النكاح فيها عينا فكان له امضاء النكاح واطراحها كالم لم تعلق الشروط بنكاح ولا عتق (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم وكره الزوج التزامها خیرت الزوجة بين اسقاطها واستدامة النكاح والمطالبة بها وابطال النكاح فان اسقطت الشروط لزمه النكاح دون شرط وان لم تسقطها فارق وهذا اذا كانت مالكة امرها فقد قال أبو عبد الله ذلك الى ولها في اسقاط الشروط والمنع من ذلك وفي هذا الذي قاله عندي نظرا لان الولي ان كان وصيا فاعماله أن ينظر في مالها واختيار الكفو لها وأما في القسم والتملك لها فلا تنظر له فيه وأما ان كان غير وصي فلا ولاية له بالاختيار الكفو ولورضيت هي بالنكاح بغير شرط لما كان له المنع من ذلك ولو أبت النكاح الا بشروط لما كان له اطلاق ذلك وقد اختلف قول مالك في المدونة في رضاها بأقل من مهر مثلها وان كان مالا فكيف بما لا تعلق له بالمال وقد قال مالك في الموازية في الذي يخبر زوجته قبل بلوغها وقبل البناء بها فاختارت نفسها فهو طلاق (فرع) اذا ثبت ذلك فهل تكون فرقتهما بالابانة فسخا أو طلاقا الظاهر من قول ابن القاسم أنه طلاق والظاهر من قول أصبغ انه فسخ وجه القول الأول ان هذه فرقة مصر وقة الى اختيار الزوج فكانت طلاقا أصل ذلك اذا طلق ابتداء ووجه القول الثاني ان هذه فرقة تثبت لعدم التراضي فكانت فسخا أصل ذلك قبل تمام العقد وهل لها نصف الصداق روى أصبغ عن ابن القاسم لها نصف الصداق وقال أصبغ لا شيء لها منه واختاره محمد لا الا أن تكون أسقطت الشروط وطلق واطلق قبل أن يعلم بالشروط فعليه نصف الصداق (فرع) فان دخل بها قبل العلم وبعد البلوغ فقد قال ابن القاسم لا يلزمه ذلك وقال أبو عبد الله بن العطار لا تنفعه والشروط يلزمه وقيل لا يلزمه وجه القول الأول انها تركت التعرز والاستيثاق حين أسامت نفسها من غير توقيفه على الشروط ووجه القول الثاني ان دخوله رضا بما عقد عليه لتركه التعرز والنظر فيما عقد عليه فليزمه ذلك كما لو علم (فرع) ولو اختلفا فقال الزوج عقدت على الشروط وأنا صغير وقالت الزوجة أوالى عقدت وأنت كبير ففي العتية عن ابن القاسم على الزوج البينة والاحلف الولي لانه كان العاقد للنكاح ولزمت الزوج الشروط ووجه ذلك أن انعقاد النكاح متفق عليه فن أراد أن يثبت فيه ما يوجب الخيار في حله فهو مدع والله أعلم

﴿ نكاح المحلل وما أشبهه ﴾

ص * مالك عن المسور بن رفاعه القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعه بن سموأل طلق امرأته نعيمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها فأراد رفاعه أن ينكحها وهو زوجها الأول الذي كان طلقها قد كر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقام عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة * ش رواه يحيى بن يحيى وجماعة من رواة الموطأ الزبير بفتح الزاي فيهما وقال ابن بكير الأول بالضم قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني وعبد الغني وغيرهما من الحفاظ هو الصواب وهو الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير بن باطيا اليهودي القرظي قتل الزبير يوم قريظة والله أعلم والذي وقع في روايتي من طريق يحيى بن يحيى الزبير بن عبد الرحمن بضم الزاي والله أعلم * (فصل) قوله ان رفاعه طلق امرأته ثلاثا يحتمل من جهة اللفظ أن يوقعها في مرة واحدة ويحتمل أن يوقعها في ثلاث مرات يطلق ثم يرجع ثم يطلق غير أن ايقاعها عند الثالث في مرة غير جائز وسيرد

﴿ نكاح المحلل ﴾

وما أشبهه *

* حدثني يحيى عن مالك عن المسور بن رفاعه القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رفاعه بن سموأل طلق امرأته نعيمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها فأراد رفاعه أن ينكحها وهو زوجها الأول الذي كان طلقها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقام عنها عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة

في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقه يريد أنه لما اعترض عنها ومنع وطأها فارقه ويحتمل أن يكون فارقه حين لم ترد البقاء معه على ذلك ولكن أضاف الفراق إليه لما كان هو الفاعل له ولعله لما علم بكرههيتها لذلك بادر بفراقها من غير أن يتأجل في ذلك أجلاً ويعالج مداواة أو معاناة

(فصل) وقوله فأراد فاعلة أن ينكحها يحتمل أن يكون اعتقد أن الثلاث لم تحرمها ولعله لم يكن نزل بعد قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ولعله علم أن الثلاث تحرمها وطن ان عقد الزوج عليها يحلها فلماذا كرر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم نهاء عن نكاحها وأعلمه ان المانع له من نكاحها باق لانه قال له لا حتى تذوق العسيلة فأخبره ان المحلل انما هو الوطء وانفرد سعيد بن المسيب بقوله ان عقد الثاني يحلها للاول وان لم يكن وطء ولعله لم يبلغه الحديث لانه نص في مخالفة قوله وقدرى ابن القاسم عن مالك انه قال العسيلة فيما ترى والله أعلم اللذة ومجاورة الختان الختان وروى نحوه ابن مزيين عن عيسى بن دينار زاد ابن مزيين أنزل أولم ينزل وانفرد الحسن البصري بقوله لا يحلها الا الوطء وفيه انزال ص مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها سئلت عن رجل طلق امرأته ألبتة فتزوجها بعده رجل آخر فطلقها قبل أن يمسه هل يصح لزوجها الاول أن يتزوجها فقالت عائشة لا حتى يذوق عسيلتها * مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد سئل عن رجل طلق امرأته ألبتة ثم تزوجها بعده رجل آخر فأتى بها قبل أن يمسه هل يحل لزوجها الاول أن يراجعها فقال القاسم بن محمد لا يحل لزوجها الاول أن يراجعها * ش قول عائشة في المطلقة ثلاثاً يتزوجها زوجها قبل أن يمسه فقد تقدم مثله مسنداً عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد تقدم الكلام عليه بما يغني عن اعادته (مسألة) والاعتبار في نكاح التحليل بنية الزوج قال مالك في الموازية والعتيبة لا يجوز أن يتزوجها علمت هي وزوجها الاول أو لم يعلمها فاذا لم ينو الزوج الثاني التحليل فهو جائز وان علمت المرأة التحليل وسألته لما دخل بها الطلاق أو خالعه بمال فذلك جائز قال مالك في الموازية لا يضر الزوج ما نوبت الزوجة لان الطلاق بيده دونها (فرع) والنية المصححة للعقد أن يتزوجها لاحتاجه اليها قال ابن حبيب وان تزوجها فان أعجبته أمسكها والا كان قد احتسب في تحليلها الآخر لم يجز لما خالط نكاحه من نية التحليل ولا تحل بذلك للاول (فرع) وقول ابن القاسم في التي توفي عنها زوجها قبل أن يمسه لا تحل بذلك لمن طلقها قبله ثلاثاً لانه نكاح ليس فيه مسيس فلم يتعلق بذلك حكم الاحلال لان الاحلال لا يكون بالعقد وانما يكون بالوطء لكن يعتبر فيه صحة العقد وان كانت وفاة الزوج يقع بها سكمال المهر فانه لا يقع به الاحلال ولا الاحصان والفرق بينهما ان المهر انما يكون في مقابلة استباحة العضو والمواصلة مدة العمر فاذا وجد موت أحدهما فقد انقضت مدة المواصلة فوجب جميع المهر كما يجب بالوطء وأما احلال الزوجة للمطلق ثلاثاً فانه يحصل بالوطء وليس في موت الزوج الثاني معنى من معاني الوطء فتحصل بالاباحة ولا خلاف في ذلك وهذا ان أقربت الزوجة بعدم الوطء فان ادعته فلا يخلوأ أن تدعيه بعد البناء أو قبله فان ادعته قبل أن يبني بها وقد هلك الزوج الثاني ولم يعلم ميته عندها فانها لا تحل بذلك للاول (مسألة) فان ادعت ذلك وقد بنى بها الثاني وبات عندها ليلة واحدة ومات فقد قال ابن القاسم ان ذلك عليها زوجها الاول وان كان طلقها وادعت المسيس

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها سئلت عن رجل طلق امرأته ألبتة فتزوجها بعده رجل آخر فطلقها قبل أن يمسه هل يصلح لزوجها الاول أن يتزوجها فقالت عائشة لا حتى يذوق عسيلتها * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد سئل عن رجل طلق امرأته ألبتة ثم تزوجها بعده رجل آخر فأتى بها قبل أن يمسه هل يحل لزوجها الاول أن يراجعها فقال القاسم بن محمد لا يحل لزوجها الاول أن يراجعها * أن يراجعها

وأنكره الزوج فقد قال مالك لا يحلها ذلك للطلق ثلاثا وقال ابن القاسم تدين ويباح له نكاحها ثلاثا وقال ابن القاسم ان كان الزوج يذكر ذلك عند الفراق لم يحلها ذلك وان قال ذلك بعد الفراق لم يقبل قوله وحلت للطلق ثلاثا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء فانها تصدق فيه في احلالها للاول وأما كل موضع لا تصدق فيه على الزوج اذا أنكر الوطء فان دعواها الوطء بعد وفاة الثاني لا يحلها للاول ولم أرفيه نصا والله أعلم (مسئلة) ويعتبر في صحة الاحلال الوطء بعقد النكاح فان وطئها بمالك يمين فقد قال محمد لا يحلها ذلك الوطء وانما يحلها الوطء بالنكاح فتعتبر فيه صحة العقد وصحة الوطء فأما العقد فان يكون المقصود به الرغبة في النكاح مع صحة العقد فان صح العقد وتزوجها بيمين لزمته أن يتزوج على امرأته ففي المدينة ان كان مثله يتزوج مثلها فقد خرج عن يمينه وحلت للطلق ثلاثا وقال محمد بن دينار لا تحل للاول بذلك وان أقامت عند الثاني سنتين أو أكثر لانه لم يتزوجها رغبتا وانما قصد أن يبر في يمينه وأما صحة الوطء فسيأتي ذكره في الاحصان ان شاء الله تعالى ص * قال مالك في المحلل انه لا يقيم على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا فان أصابها فلها مهرها * ش وهذا كما قال وذلك انه لما كان نكاح المحلل نكاحا فاسدا المنافاته مقتضى النكاح ومقصوده لان المقصود به اباحة البضع لغير النكاح فوجب أن يفسخ وقد ذكر القاضي أبو محمد في ذلك قياسا وذلك انه قال ان هذا عقد وقع على وجه محظور استحق عقابه به اللعن فوجب أن يكون باطلا أصل ذلك شراء الخمر (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يحكم عليه بالفرقة قبل البناء وبعده رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك قال ابن المواز يفسخ نكاحه بطلقة بائنة ان ثبت ذلك باقراره ولو ثبت بعد البناء اقراره بذلك قبل البناء فليس بنكاح * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه ان ثبت اقراره بذلك قبل النكاح فانه يدخله الخلاف الذي في النكاح الفاسد المختلف في فساد (فرع) وهل يجوز هذا للمحلل أن يتزوجها بعد أن فرق بينهما بعد البناء روى أشهب عن مالك في الموازية له ذلك وأحب الى أن لا ينكحها أبدا ووجه ذلك انه أراد تعجيل استباحة البضع على الوجه المحظور كالنكاح في العدة غير أن النكاح في العدة مجله لنفسه بالعقد والوطء فوقع تأييد التحريم عليه وفي مسئلتنا أراد تعجيله لغيره فلم يبلغ مبلغ التحريم وانما اقتضى الكراهية والله أعلم (مسئلة) ويجب عليه أن يأتي الزوج الاول فيعلمه انه قصد تحليلها له ليمنع ذلك من نكاحها قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن لا يفترا الآخر بظاهر فعله ولا يعلم مقصده فيكون هو سبب موافقة الحرام

(فصل) وقوله فلها مهرها هكذا رواه يحيى بن يحيى وروى ابن بكير فلها مهر مثلها وتابعه على ذلك القعنبي ورواية يحيى أظهر لانه نكاح فسد لعقده فيجب بالدخول المهر المسمى وروى ابن عبد الحكم عن مالك لها مهر مثلها على رواية ابن بكير والقعنبي وهو مذهب الشافعي وقال ابن المواز بل لها المهر المسمى وهو قول مالك وهو الأظهر لما قدمناه

﴿ ما لا يجمع بينه من النساء ﴾

ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها يقتضى العموم من جهة اللفظ غير أن التحريم اذا علق على النساء فان

قال مالك في المحلل انه لا يقيم على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا فان أصابها فلها مهرها * ما لا يجمع بينه من النساء * حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها

المفهوم منه الوطء كما انه اذا علق على الطعام فهم منه اللباس فيجب أن يحمل على الوطء أو على كل معنى مقصوده الوطء فأما الوطء فانه يملك بيمين وأما العقد الذي مقصوده الوطء فانه النكاح ويخالف في ذلك ملك اليمين فانه يجوز للانسان أن يملك من لا يطاق كالاخت من الرضاة والخالة والعمة من النسب ولا يجوز عقد نكاح على من لا يجوز وطؤها للرجل من النساء (مسئلة) فأما ما لا يجمع بينهما بعقد النكاح فان الأصل فيه قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف والعمة مع ابنة أخيها والخالة مع بنت أخيها بمثابة الاختين في ذلك والأصل فيه من جهة السنة الحديث المتقدم ومن جهة المعنى أن الاختين والعمة والخالة مع ابنة الأخ وابنة الأخت ممن يلزم بعضهن لبعض المواصلة للرجم القريبة الوشيعة وغيره الضم أثر تورث القطيعة وتمنع المواصلة فنفع من الجمع بينهما لذلك لأنه سبب لما هيئنا عنه من القطيعة وما نفع مما يجب عليهما من المواصلة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجمع بينهما بالنكاح يكون على ضربين أحدهما أن يجمع بينهما في عقد واحد والثاني أن ينكح أحدهما بعد الأخرى فان جمع بينهما في عقد واحد فقد قال مالك في المدونة ان كل امرأتين يجوز له أن ينكح أحدهما بعد الأخرى لا يجوز له أن يجمع بينهما فان جمع بينهما في عقد واحد فانه يفسخ نكاحه لهما جميعا وليس له أن يجبس واحدة منهما بنى بهما أو بواحدة منهما أو لم يبن ووجه ذلك أنه قد منع أن يجمع بينهما في عقد النكاح فاذا انعقد نكاحهما على الوجه الممنوع به فسخ نكاحه لهما قبل البناء وبعده لأن الفساد في العقد (مسئلة) فان أفرد كل واحدة منهما بعقد ثبت نكاح الاولى وفسخ نكاح الثانية دخل بهما أو باحدهما كانت الاولى أو الأخرى قاله مالك في المدونة ووجه ذلك ما احتج به من أن عقد الاولى صحيح لأنه عرى عن الفساد بالجمع بينهما ونكاح الأخرى فاسد لما تعلق به من الجمع بين الاختين فلما اختص الفساد بنكاح الثانية وجب أن يفرد بالفسخ (فرع) وبما اذا تعرف الاولى منهما أن شهد بذلك الشهود فالحكم فيه على ما تقويم وان شهد الشهود بالزوجة ولم يوقفوا ولا علموا الاولى من الأخرى فقد روى محمد عن أشهب أن الزوج مصدق في تعيين الاولى من الأخرى وينزل عن التي زعم انها الأخرى ولا شيء لهما ان كان لم يمس قال محمد وهذا عندنا صواب ووجه ذلك أنه اذا شهد الشهود بذلك فقد شهدوا بصحة أحد العقدین وفساد الآخر ولم يعينوا الفاسد من الصحيح فلم يشهدوا لاحداهما بعقد صحيح فاذا لم يكن أحديعنه غير الزوج قبل في ذلك تعيينه قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي أن الأخرى لو ادعت أنها الاولى للزم الزوج اليمين في ذلك لانه يريد أن يسقط عن الاولى نفس صداقها وعندي أن فسخ نكاحها يكون طلاقا

(فصل) وأما اذا ملك عصمة أحدهما ووطئ الثانية بملك اليمين فلا يخلو أن يكون عقد النكاح هو السابق أو الآخر فان كان عقد النكاح هو السابق فقد روى محمد عن ابن القاسم أنه ان نكح إحدى الاختين فلم يبن بها حتى وطئ الثانية بملك اليمين أنه يوقف عنها حتى يحرم فرج أمته عليه ولا يفسد ذلك النكاح وقال أشهب بل يطاق الزوج لان فرج أمته عليه حرام منذ عقد على أختها عقد نكاح ووجه قول ابن القاسم أنه قد وجد منه في كل واحدة ما يمنع من الأخرى فوجب أن يوقف عنهما كما لو كانتا أمتين فوطئهما ووجه قول ابن القاسم أن النكاح في باب الاستمتاع ومنعه أقوى من ملك اليمين لان مقصوده الوطء ومقصود ملك اليمين الملك دون الوطء ولو تزوج امرأة على أختها فوطئها لم يوقف عن الاولى فبان لا يمنع منهما اذا وطئ الثانية بملك اليمين أولى وأخرى (مسئلة)

فان وطئ احدهما بملك اليمين ثم تزوج الاخرى قبل أن يحرم الامة على نفسه فقد قال محمد اختلف فيه أصحاب مالك فقال عبد الله بن عبد الحكم وأشهب نكاحه جائز وله أن يطأ امرأته ولا يحدث تحريراً لآثاره لان نكاح أختها قد حرّمها عليه وبه قال الشافعي وقال ابن القاسم لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الامة على نفسه فان فعل وقت بعد النكاح لا يقرب واحدة منهما حتى يحرم على نفسه أيتهما شاء وقال عبد الملك يفسخ النكاح ولا يقرب على حال وهذا القول مع الذي قبله لابن القاسم في المدونة وجه رواية أشهب ما احتج به ووجه رواية الوقف أن التحريم انما يتضمن الجمع بينهما بملك نكاح أو وطء ولو طء الامة تأثير في المنع من استدامة مساكنها مع ما يحرم عليه الجمع بينهما ولذلك اذا وطئ الاختين بملك اليمين منع من وطئهما حتى يحرم فرج احدهما ولعقد النكاح تأثير في الجمع بينهما فقد وجد في كلا الجنبتين مؤثر في المنع فوجب أن يمنع منهما حتى يحرم احدهما كما لو وطئ بملك اليمين ووجه قول عبد الملك أن هذا ممنوع من الاستمتاع بها لسبب الجمع بينهما فوجب أن يكون ممنوعاً من العقد عليها منعا يفسخ به عقده كما لو كانت الاولى زوجة (مسئلة) واللتان لا يجوز الجمع بينهما من النساء قال ابن بكير ما كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكراً لم يجعل له نكاح الاخرى لنسب أو رضاع أو نحوه رواه ابن اوزاع عن أشهب عن مالك الا ان هذا الذي ذكره على ضربين ضرب لاحدهما على الاخرى ولادة كالأم مع البنت والجدّة مع الخفيدة فهذا الضرب سيأتي ذكره بعد هذا والضرب الثاني ليس لاحدهما على الاخرى ولادة كالأخت مع الأخت والخالة وبنت أختها والعمة مع بنت أخيها فهذا الضرب الذي يحرم الجمع بينهما في وقت واحد وان جاز أن يتزوج بعد الاخرى فالأخت هي الأخت للاب والأم أو لاحدهما والعمة هي كل امرأة هي أخت لرجل له عليك ولادة والخالة هي كل امرأة هي أخت لامرأة لها عليك ولادة فاخت الجدّة للاب خالة وكذلك أخت أم الأب وأخت الجد للام عمة وكذلك أخت أبي أم الأم (مسئلة) ويجوز الجمع بين المرأة وزوجة أبيها قاله غير واحد من أصحابنا وذلك أنه لا يتصور في الطرفين أن تكون كل واحدة منهما ذكراً فيجوز له نكاح الاخرى أو يحرم عليه لا يتصور أن تكون زوجة الأب ذكر أو قال ابن بكير ولو تصورناها ذكراً لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبي والله أعلم ص **عن مالك عن يحيى بن سعيد** عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ينهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها وان يطأ الرجل وليدة وفي بطنها جنين لغيره

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ينهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها وان يطأ الرجل وليدة وفي بطنها جنين لغيره

وسند كره بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذلك لو كانت حاملا من زنا لم يجز وطؤها (فرع) واذا ثبت انه لا يجوز وطء وليدة ممن ذكرنا لجلها فانه لا يجوز له ان يقبلها ولا يستمتع بها روى محمد عن ابن القاسم من كانت له أمة حامل من غيره لم يحل له أن يطأها ولا يقبلها ولا يباشرها ولا يلتذ بها بغير زنا ولا غيره كان حملها ذلك من زنا أو غيره ولا يمس لها بدولا رجلا

﴿ ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها فقال زيد بن ثابت لا الام مبهمه ليس فيها شرط وانما الشرط في الربائب ﴿ ش قوله تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها يريد انه عقد نكاحها ثم طلقها قبل أن يطأها ثم أراد أن يتزوج أمها فسأل زيد بن ثابت هل يحل له ذلك فقال زيد بن ثابت الام مبهمه يريد ان ذكرها في آية التحريم مطلق غير مقيد بصفة لانه قال وأمهات نسائك فلم يقيد بالبناء ولا غيره وهذا معنى قوله ليس فيها شرط لان التقيد بمعنى الشرط لانه لم يشترط في تحريم الام دخولا ولا غيره وقوله رضى الله عنه وانما الشرط في الربائب يريد أن التقيد انما ورد في الربائب في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائك اللاتي دخلتم بهن فقيس تحريم ذلك بالدخول بالام فبقيت غير المدخول بها داخله تحت عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم وهذا الذي ذهب اليه زيد بن ثابت هو قول عمران بن حصين وابن عمرو وطاوس والزهرى والحسن البصرى وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعى وروى عبد الرزاق عن ابن عباس انه قال يجوز أن يتزوج الام ان لم يدخل بالبت وبه قال على بن أبي طالب رضى الله عنه وابن الزبير ومجاهد وروى عن زيد بن ثابت انه قال ان طلقها قبل الدخول جاز له أن يتزوج أمها وان ماتت قبل البناء بها لم يجز له ذلك وقد أنكر هذه الرواية عنه القاضي قال وهى من رواية قتادة عن سعيد بن المسيب عنه قال وقد سمعت على بن المدينى يضعف في حديث قتادة عن سعيد وقال أحسب ان بينهما رجلا لانه يخالف أصحاب سعيد والدليل على ما قدمناه قوله تعالى وأمهات نسائك ولم يخص مدخولا بابتها من غيرها فيجب حمله على عموم الاما خصه الدليل فان قيل فانه قد شرط في الربائب بعد هذا الدخول فقال وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائك اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم والشرط اذا وردت عقبه جل وجب تعلقه بجميعها كالاستثناء والجواب انه انما يجوز ذلك اذا صح أن يكون الكلام راجعا الى جميع المعطوف بعنه على بعض فاذا لم يصح ذلك ولم ينتظم عليه الكلام فانه يرجع الى ما يصح منه دون غيره ولا يصح في مسئلتنا أن يكون الشرط متعلقا بجميع ما تقدم من اللفظ ولا بالموضع المختلف فيه وأما امتناعه في موضع الخلاف فان النساء في قوله وأمهات نسائك مخفوض بالاضافة والنساء في قوله وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائك مخفوض يحرف الجر فلا يجوز أن يكون قوله اللاتي دخلتم بهن نعتا لها لاختلاف العامل فهما هذا قول البصريين من النحاة وان كان قد أجازوه الكوفيون لاتفاقهما في الخفض وما قاله البصريون أولى لان الصفة تتبع الموصوف في المعنى واللفظ فيجب أن يكون العامل في الموصوف عاملا في الصفة ولذلك اذا قلت هذا غلام زيد العاقل وان كان خفض زيد بالاضافة فخفض العاقل بذلك أيضا لانه يصح أن يقول هذا غلام العاقل ولو لم يصح ذلك لم يصح كونه وصفاله واذا قلت خذ من عمر والكريم درهما فان الكريم أيضا وصف

﴿ ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها فقال زيد بن ثابت انما مبهمه ليس فيها شرط وانما الشرط في الربائب

لعمر ولأنه يصح أن يحل محله فتقول خذ من الكريم درهما فإذا أردت أن تقول هذا غلام زيد
وخذ من عمر درهما الكريمن لم يجز لأنه لا يجوز أن يحل محل زيد المضاف والعامل فيه من ولا
يجوز أن يحل محل عمر والمخفوض بمن والعامل فيه الإضافة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد تقدم قبل
هذا أن من يحرم الجمع بينهما على ضربين أحدهما يحرم الجمع بينهما ولا تحرم المعاقبة بينهما وهن ذوات
المحارم اللاتي ليس لبعضهن على بعض ولادة والضرب الثاني يحرم الجمع والمعاقبة بينهما وهن ذوات
المحارم اللاتي لبعضهن على بعض ولادة كالأم مع بنتها والجدة مع جنتها فهؤلاء لا خلاف في أن وطء
إحدهن على وجه شبهة النكاح يحرم الأخرى على التأييد وهل يحرمها العقد بمجرد يختلف
حكمهن وسنبينه بعد هذا إن شاء الله ص * مالك عن غير واحد أن عبد الله بن مسعود استفتى
وهو بالكوفة عن نكاح الأم بعد البنت إذا لم تكن البنت مستفارة خص في ذلك ثم إن ابن مسعود
قدم المدينة فسأل عن ذلك فأخبر أنه ليس كما قال وإنما الشرط في الرأب فرجع ابن مسعود إلى
الكوفة فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذي أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته * ش قوله
إن عبد الله بن مسعود استفتى وهو بالكوفة يريد والله أعلم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أرسله
إلى الكوفة ليعلمهم العلم ويفتي بينهم فاستفتى هناك عن هذه القضية في نكاح الأم بعد الابنة إذا لم
تكن الابنة مستفارة خص في ذلك وقد قال القاضي أبو اسحق وأنا حسب أن الذين ذهبوا إلى أن
أمهات الزوجات مثل الرأب إنما ذهبوا إلى قياس بعض ذلك على بعض من غير أن يكون النص
يوجب ير يدان النص لا يحتمل هذا التأويل ولا يجوز جملة على ذلك في لغة العرب فيحتمل أن يكون
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أفتى في ذلك قياسا على الرأب وقد تقدم الكلام على ذلك من وجه
القياس بما يغني عن أعادته

(فصل) وقوله إن عبد الله بن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك يحتمل أن يكون سأل عن ذلك
مع اعتقاده صحة ما أفتى به ليعلم موافقة علماء المدينة له أو مخالفتهم إياه فقدمه على ذلك الإنسان فيما يعتقد
صحته من مسائل الفروع ليعلم ما عند غيره من العلماء في ذلك ويحتمل أن يكون قد ظهر إليه وجه
المسئلة فشبك في فتواه عند توجهه إلى المدينة فسأل عن ذلك غيره ليظهر له حكم المسئلة وكان أهل
المدينة لكثرة العلماء به يرجع إليهم أهل الآفاق في الفتاوى لأن الحق لا يكاد يخفى عن جماعة العلماء
مع البحث والنظر لأن ما قصر عنه أحدهم استتركه سائرهم وأما الواحد فقد يتعذر عليه بلوغ المراد
من النظر في بعض الأوقات

(فصل) وقوله فأخبر أنه ليس الأمر كما قال وإنما الشرط في الرأب ير يدانه ليس الأمر كما قال في
حكمه للأم بعد العقد بمثل حكمه للبنت بعد العقد على الأم من اعتبار الدخول بالاولى وذلك أن شرط
اعتبار الدخول إنما يختص بالرأب دون أمهات النساء على ما قدمناه

(فصل) وقوله فرجع ابن مسعود إلى الكوفة فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذي أفتاه بذلك
فأمره أن يفارق امرأته يريد تعجيل أمره بالفراق وإخباره بما يجب في ذلك وتقديمه على الوصول
إلى منزله وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يكون عبد الله بن مسعود قد ظهر إليه وجه الصواب في
خلاف ما أفتى به فتعجل استدراك الأمر في المستقبل والمبادرة إلى منعه استدامة نكاح من محرم
عليه والثاني أن يكون عبد الله بن مسعود باقيا على مذهبه غير أن الحكم إنما يجري على رأى الإمام
فلزمه الرجوع إلى قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه والأخذ به وحل الناس عليه وكذلك كل

* وحديثي عن مالك
عن غير واحد أن عبد
الله بن مسعود استفتى
وهو بالكوفة عن نكاح
الأم بعد الابنة إذا لم تكن
الابنة مستفارة خص
في ذلك ثم إن ابن مسعود
قدم المدينة فسأل عن ذلك
فأخبر أنه ليس كما قال وإنما
الشرط في الرأب فرجع
ابن مسعود إلى الكوفة
فلم يصل إلى منزله حتى جاء
الرجل الذي أفتاه بذلك
فأمره أن يفارق امرأته

ما اختلف فيه العلماء فان الرجوع فيه في كل عصر من الاعصار الى امام ذلك العصر اذا ظهر ذلك اليه ووقع فيه الاختلاف ص **قال مالك في الرجل تكون تحته المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انها تحرم عليه امرأته ويفارقهما جميعا ويحرم ان عليه أبدا** اذا كان قد أصاب الأم فان لم يصب الأم لم تحرم عليه امرأته وفارق الأم **ش** ودنا كما قال وذلك ان نكاح المرأة على ابنتها حرام فاذا وطئها حرمت عليه الأمة لوطئها أمها وحرمت عليه الأم لعقد نكاح ابنتها قبلها فحرمتا عليه جميعا تحريما مؤبدا وان لم يكن أصاب الأم فارقها لانها حرام عليه لتقدم نكاح ابنتها وبقي على نكاح البنت لانه لم يوجد من وطئ الأم والالتذاذ بهما يحرمها ونكاحها يكون على وجهين أحدهما أن يعقد عليهما عقدا واحدا والثاني أن ينكح احدهما بعد الأخرى فان تزوجهما في عقد واحد وقد سمي لكل واحدة منهما صدا قافلا يخلو أن لا يدخل بواحدة منهما أو ان يدخل باحدهما فان لم يكن دخل بواحدة منهما ففي المدونة من قول مالك يفسخ النكاح لا يقر على واحدة منهما ووجه ذلك انه عقد معاوضة لا يصح امضاؤه على وجهه لفساده فوجب ابطال جميعه أصل ذلك اذا ابتاع ثوبا وخزيرا في عقد واحد (فرع) وهل له أن يتزوج الأم منها **قال ابن القاسم في المدونة** له ذلك **قال سحنون** وقد قيل انه لا يتزوجها وجه القول الاول انه لم يوجز طه شبهة ولا عقد نكاح صحيح وانما ينشر الحرمة أحد هذين الأمرين وطه شبهة والعقد الصحيح فأما العقد الفاسد بمجرده فلا تأثير له في ذلك كما لا يؤثر في استحقاق شيء من المهر ووجه قول سحنون ان المؤثر في الحرمة أمران العقد والوطء ثم ثبت وتقرر أن وطه شبهة ينشر الحرمة فكذلك عقد الشبهة (فرع) فان دخل باحدهما وكانت البنت هي المدخول بها فان الأم يتأبد بتحريمها ويفرق بينه وبين البنت ويستقبل نكاحا ان شاء بعد الاستبراء وان دخل بالأم تأبد بتحريم البنت وفسخ نكاح الأم وكان له أن يتزوجها بعد الاستبراء وعلى رواية سحنون يتأبد بتحريم الأم أيضا فان دخل بها تأبد بتحريمها قال ذلك كله مالك في المدونة ووجهه ان وطء كل واحدة منهما بشبهة نكاح يؤبد بتحريم الأخرى (مسألة) ولو أفرد كل واحدة بالعقد فتزوج الأم أو الأم البنت ولم يدخل بواحدة منهما فانه يفرق بينه وبين البنت ويثبت على نكاح الأم ولو بنى بالبنت حرمت الأم على التأبيد وفرق بينه وبين البنت وكان له أن يتزوجها ان شاء فان بنى بها حرمت عليه على التأبيد قال ذلك كله مالك في المدونة ووجه ذلك ان العقد على الأم لا يحرم البنت ولا يبطل الا بوطء البنت ووطء الأم يؤبد بتحريم البنت ووطء البنت بشبهة النكاح يؤبد بتحريم الأم (مسألة) فان تزوج البنت أولا ثم تزوج أمها فلم يكن بواحدة منهما فقد تأبد بتحريم الأم بالعقد الصحيح على البنت وفسخ نكاح الأم ويثبت نكاح البنت وكذلك لو بنى بالبنت دون الأم فان وطئ الأم أو وطئها فقد تأبد بتحريمها لان بالعقد الصحيح تأبد بتحريم الأم وبوطء الأم بشبهة النكاح تأبد بتحريم البنت ص **قال مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انه لا تحل له أمها أبدا ولا تحل لاييه ولا لابنه ولا تحل له ابنتها وتحرم عليه امرأته** **ش** قول مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فأصابها فانه لا تحل له أمها وذلك يحتمل معنيين أحدهما أن يكون الضمير في قوله أمها راجعا الى البنت فيكون معنى ذلك ان تزوج الأم آخرا وأصابها لا تحل له أبدا وهذا قد تقدم القول فيه لان عقده على البنت قد حرم عليه الأم على التأبيد فأصابته اياها بالعقد الذي أحدثه بعد ذلك لا يزال مائتا بد من التحريم والوجه الثاني أن يكون الضمير في قوله فأصابها راجعا الى الأم المتزوجة آخرا ويكون المراد بالأم في قوله أمها جدة البنت

قال مالك في الرجل تكون تحته المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انها تحرم عليه امرأته ويفارقهما جميعا ويحرم ان عليه أبدا اذا كان قد أصاب الأم فان لم يصب الأم لم تحرم عليه امرأته وفارق الأم **وقال مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انه لا تحل له أمها أبدا ولا تحل لاييه ولا لابنه ولا تحل له ابنتها وتحرم عليه امرأته**

المثروجة أولا وهذا أيضا قد ثبت لام الام بالعقد على ابنة ابنتها فلا يز يدعه عقده على ابنتها وبنائها بها الا
 تأكيد التحريم
 (فصل) وقوله ولا تحل لايه ولا لابنه وذلك انها في حق الأب من حلائل الأبناء وفي حق الابن مما
 للاب من النساء وقد وجد منه معنيان مؤثران في تحريم المصاهرة ومنها العقد والوطء فأما العقد فعلى
 ضربين مباح ومحظور فأما المباح فلا خلاف أن له تأثيرا في تحريم المصاهرة فاذا عقد الرجل عقده
 نكاح مباح على المرأة فقد حرمت على أيه وابنه والأصل في ذلك ما قدمناه وولد الولد وان سفل
 وولد البنت وان سفل في ذلك بمنزلة الابن وأبو الأب وأبو الأم وان علا في ذلك بمنزلة الأب والرضاع
 في ذلك كله بمنزلة النسب في تحريم حلائل الأبناء وما نكح الآباء من النساء (مسئلة) وأما
 العقد المكروه وهو المختلف في جوازه فقد قال ابن القاسم في المدونة فن عقد نكاحا مختلفا فيه ثم
 فسخ قبل البناء انه لا يجوز لابنه أن يتزوجها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك ان
 النكاح الفاسد على وجهين أحدهما ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده كنكاح الشغار الذي سمي
 مهر او النكاح بالصدوق المجهول أو إلى أجل غير مسمى أو إلى موت أو فراق أو النكاح بالخمر والخنزير
 فان هذا كله اذا انعقد به النكاح حرمت الزوجة على أبي الزوج وابنه وان كان النكاح محرما في
 كتاب الله تعالى أو سنة رسوله كنكاح الخامسة والنكاح في العدة ونكاح الأخت على الأخت
 ونكاح المرأة على عمتها بنسب أو رضاع ونكاح التحليل ونكاح السرفان المرأة بذلك لا تحرم على
 أبي الزوج ولا على ابنه (مسئلة) في حكم الوطء بنكاح أو ملك يمين أو زنى فأما الوطء بالنكاح فانه ينشر
 الحرمة على كل حال حلالا كان أو حراما ولذلك قلنا إن تزويج الأم على ابنتها حرام لا خلاف فيه بعد
 البناء ومع ذلك فان أصابت الأم فيه تحرم البنت (فرع) والالتذاذ بالمرأة يجري في التحريم مجرى
 المسيس وقد أشار إليه ابن حبيب في روايته عن مالك في واخوته ووجه ذلك انه يحرم الربائب فوجب
 أن يحرم حلائل الأبناء وحلائل الآباء كالوطء ص قال مالك فأما الزنى فلا يحرم شيئا من ذلك
 لان الله تعالى يقول وأمهات نسائكم فاما حرم ما كان تزويجا ولم يذ كر تحريم الزنى فشكل تزويج
 كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال فهذا الذي سمعت والذي
 عليه أمر الناس عندنا ش قد مضى الكلام فيما يجب من التحريم بالوطء على وجه النكاح وأما
 الوطء على وجه الزنى فقد اختلف قول مالك فيه فقال في الموطأ أن الزنى لا يحرم شيئا من ذلك وبه قال
 الشافعي وهو قول ابن عباس وعروة بن الزبير وأبي ثور وروى ابن القاسم عن مالك فمين زنى بأم
 امرأته أو بابنتها انه يفارق امرأته ولا يقيم عليها قال ابن القاسم وكذلك عندي اذا زنى الرجل
 بامرأته لم ينسخ لايه ولا لابنه أن يتزوجها أبدا وبه قال أبو حنيفة وعطاء والشعبي والثوري واحد
 والدليل على صحة رواية الموطأ قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الى آخر الآية ثم قال جل وعز وأحل
 لكم ما وراء ذلكم ولم يذ كر الزنى في جملة ما وقع به التحريم ودليلنا من جهة القياس ان هذا ووطء
 لا يثبت به التحريم المؤقت فلم يثبت به التحريم المؤبد كاللواط قال القاضي أبو الحسن يريد بالتحريم
 المؤقت العدة ودليل ثان ان الجريمة حكم من أحكام النكاح الصحيح فلم تثبت بالزنى كالأحصان
 والنفقة واسقاط الحد استدلوا بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وصيغة النكاح
 في الوطء موضوع للوطء فالظاهر يقتضي لعمومه ان كل امرأة وطئها الأب فقد نهى عن وطئها
 ابنه والجواب انه لا يجوز اعتبار هذا بالوطء الصحيح وان استويا في فساد الصوم كما لا يجوز

قال مالك فأما الزنا
 فانه لا يحرم شيئا من
 ذلك لأن الله تبارك وتعالى
 قال وأمهات نسائكم فانما
 حرم ما كان تزويجا ولم
 يذ كر تحريم الزنا فكل
 تزويج كان على وجه الحلال
 يصيب صاحبه امرأته فهو
 بمنزلة التزويج الحلال
 فهذا الذي سمعت والذي
 عليه أمر الناس عندنا

اعتباره به في التعريم المؤقت وثبوت النسب وجوب النفقة وجواب آخر وهو ان الأكل
يجرى مجراه في افساد الصوم واللواط يجري مجراه في افساد الحج ولا ينشر شيء من ذلك الحرمة
(فصل) وقول مالك رحمه الله لان الله تعالى يقول وأمهات نسائكم فاما حرم ما كان تزويجا
ولم يذكر تعريم الزنى يريد مالك رحمه الله ان لفظ النساء انما يخرج في العرف والعادة الى الزوجات
دون من يصاب من النساء على وجه الزنى لان لفظ النساء واقع على كل أنثى ومعلوم انه لم يرد ذلك
لثلاثة أوجه أحدها انه قال وأمهات نسائكم وأمهات النساء من النساء فلا يصح أن يراد بلفظ النساء
جاعة النساء والوجه الثاني انه لو أراد بذلك جاعة النساء لحرمت كل امرأة لها بنت وهذا باطل
باجماع والوجه الثالث ان عرف الاستعمال جار على أن اضافة المرأة الى الرجل تقتضي كونها زوجة
له فاذا قال انسان هذه من نساء فلان فهم من انهم من زوجاته وكذلك اذا قال هذه امرأة فلان فهم من
انها زوجته ولذلك قال تعالى يا نساء النبي لستن كأحد من النساء والمراد بذلك أزواجه صلى الله
عليه وسلم وعلى هذا قال مالك رحمه الله ان المراد بقوله تعالى وأمهات نسائكم تعريم أمهات الزوجات
قال ولم يذكر تعريم الزنى يريد لم يتناوه ذكر التعريم ويحتاج في اباحته الى زيادة وهو انه اذا لم
يتناوله التعريم فيجب أن يتوقف فيه حتى توجد أدلة الشرع من غير الآية بما يحرمه أو يبيحه وقد
تقدم ما يتعلق به في الاباحة والتعريم وهذا على قول من لا يقول بدليل الخطاب وأما على قول من
يقول بدليل الخطاب فانه يصح تلقيه بالآية من جهة دليل الخطاب وذلك انه لما علق التعريم على
أمهات الزوجات دل ذلك على انتفاء من أمهات غير الزوجات (مسألة) اذا ثبت ذلك فالوطء على
ثلاثة أقسام مباح ومحرم ووطء شبهة فأما المباح والمحرم فقد بينا حكمهما في هذا الباب وأما وطء
الشبهة فقد بلغني عن الشيخ أبي عمران انه قال لانعلم بين أصحابنا خلافا في انه يحرم الأم والبنت
وروي يحيى بن عمر عن سحنون انه اذا وطئ ابنته في الليل يظنها زوجة لم يحرم عليه زوجته
(فرع) ان قلنا ان الوطء على وجه الزنى لا يحرم الأم والابنة فقد قال بعض الصقليين فيمن مر
بيده على نكاح ابنته يظنها امرأته تحرم عليه زوجته ولو علم انها ابنته وتعمد ذلك دخله الخلاف فيمن
زنى بمختنته هل تحرم عليه امرأته وبلغني عن الشيخ أبي عمران انه قال ان كانت المموسة ممن يمكن
أن يتلذذ بها حرمت عليه امرأته لاننا لانعلم خلافا بين أصحابنا في وطء الشبهة انه يحرم واختلف في
ذلك قول الشيخ أبي محمد وكان أبو سعيد بن هشام وأبو القاسم بن شبون وأبو القاسم الطائي يقولون
لا يقع بهذا التعريم

(فصل) وقوله رحمه الله وكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج
الحلال يريد انه اذا كان عقد التزويج على وجه النكاح المباح وان لم يكن مباحا في نفسه لكنه قصد
به النكاح فان اصابه الزوجة فيه تنشر من الحرمة ما تنشر الاصابة من التزويج الحلال وقد قال ابن
حبيب وكل وطء حرام في هذا الباب أو غيره كان بنكاح شبهة أو جهالة فالخديفة ساقط والولد فيه
لاحق وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك فالخديفة واقع والولد ساقط ومعنى ذلك عندي
أن يتزوج وهو يعلم ان ما يعقده لا يستباح به البضع والله أعلم

﴿ نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه مما يكره ﴾

ض ﴿ قال مالك في الرجل يزني بالمرأة فيقام عليه الخديف ان ينكح ابنتها وينكحها ابنة ان شاء

﴿ نكاح الرجل أم امرأة قد
أصابها على وجه مما يكره ﴾
﴿ قال مالك في الرجل
يزني بالمرأة فيقام عليه
الخديف ان ينكح ابنتها
وينكحها ابنة ان شاء

وذلك انه أصابها حراما وانما الذي حرم الله تعالى ما أصيب بالحلل أو على وجه الشبهة بالنكاح * قال مالك قال الله تبارك وتعالى اسمه ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء * قال مالك فلو أن رجلا نكح امرأة في عدتها نكاحا حلالا فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها وذلك أن أباه نكحها على وجه الحلل لا يقيم عليه فيه الحد ويلحق به الولد الذي يولد فيه بآبيه وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه في عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها إذا هو أصاب أمها * ش قوله رحمه الله في الرجل يزني بالمرأة فيقيم عليه الحد فيها انه ينكح ابنتها على ما تقدم من أن وطء الزنا لا ينشر الحرمة وإن زنى بامرأة فله أن يتزوج ابنتها سواء أقيم عليه الحد في أمها أو لم يقيم ولا يخلو أن تكون ابنتها مخلوقة من غير مائه أو مخلوقة من مائه فإن كانت مخلوقة من غير مائه مثل أن تكون ابنة من غيره من نكاح أو سفاح فهو الذي تقدم القول فيها أنها لا يجوز له أن يتزوجها وقد تقدم من قول مالك في المدونة والواضحة أن من زنى بالأم حرمت عليه ابنتها وتقدم الكلام في ذلك يغني عن إعادته (فرع) فإن قلنا بالمنع من ذلك فتزوج البنت بعد الزنى بالأم فقد قال ابن القاسم في المدونة تفارقه ولم يقل يقضى عليه بذلك وقال ابن المواز انه لا ينبغي له ذلك فإن فعل جاز ولم أحكم عليه بالفراق وقد ذكره مالك وأجازه

(فصل) وإذا قلنا بالإباحة وكانت البنت مخلوقة من مائه مثل أن يكون زنى بها فحملت منه وولدت جارية فأراد أن يتزوجها فقد حكى القاضي أبو الحسن أن ذلك جائز له قال وبه قال الشافعي وهذا الذي قاله القاضي أبو الحسن قد قال به من أصحابنا المتقدمين عبد الملك بن الماجشون وقال أبو حنيفة هي حرام عليه لا يجوز له أن يتزوجها واختلف أصحابه في علة التحريم فبعضهم يقول حرمت عليه لأنها ربيبة بنت امرأة وطئها بزنا والزنا عندهم يحرم عليه الأم والبنت وينشر تحريم المصاهرة فعلى هذه العلة يجوز لأخي الزاني أن يتزوجها وكان أبو بكر الرازي يقول انها حرمت عليه لأنها ربيبة وخلقت من مائه فعلى هذه العلة لا يجوز لأخي الزاني أن يتزوجها لأنه عمها ودليلنا أن هذا معنى لا يوجب نسبا ولا تحريم مصاهرة فلم يمنع النكاح بين الأحرار والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز قال سحنون في قول ابن الماجشون هذا خطأ صراح وما علمت من قاله من أصحابنا معه وقال ابن المواز لا يتزوج ابنته من الزنا وأباه أصبغ وابن عبد الحكم في ظني ومكروهه بين ووجه ذلك أنها من زنا محرم الولد على من ولده كالولد يحرم على الأم وهو معنى ما تقدم من أنها خلقت من مائه

(فصل) وقوله وينكحها ابنه إن شاء يريد أنه أصابها حراما وقد قال في المدونة ليس لابنه أن يتزوجها وقد تقدم الكلام في مثل ذلك

(فصل) وقوله وانما الذي حرم الله تعالى ما أصيب بالحلل على وجه شبهة النكاح يريد أن ما كان من الوطء على هذا الوجه فهو الذي يقع به التحريم من جهة المصاهرة دون ما يكون من لفظ الحرام وينتضي قوله ذلك أن الوطء في شبهة النكاح حلال ولذلك قال ما أصيب بالحلل على وجه شبهة النكاح ومعنى ذلك انه حلال من جهة القصد ولو أن رجلا تزوج امرأة بشبهة نكاح فوطئها حائضة أو محرمة أو صائمة لنشر هذا الوطء عندى الحرمة وإن لم يكن مباحا بل هو وطء حرام محظور لكن تحريمه ليس لتعريضه عن شبهة النكاح وانما هو بمعنى غيره والله أعلم -

(فصل) وقول مالك رحمه الله تعالى قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وهذه الآية ذكر القاضي أبو اسحق عن جماعة من أهل العلم أن عقد الرجل على المرأة يحرمها على ابنه دون

وذلك انه أصابها حراما وانما الذي حرم الله ما أصيب بالحلل أو على وجه الشبهة بالنكاح قال الله تبارك وتعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء * قال مالك فلو أن رجلا نكح امرأة في عدتها نكاحا حلالا فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها وذلك أن أباه نكحها على وجه الحلل لا يقيم عليه فيه الحد ويلحق به الولد الذي يولد فيه بآبيه وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه في عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها إذا هو أصاب أمها

استقناع ولا بناء وهو مذهب مالك وإنما راعى الاستقناع والوطء في العقد الفاسد وقال القاضي أبو اسحق في قوله تعالى إلا ما قد سلف يريد والله أعلم سلف قبل التحريم فهم غير مؤاخذين به والله أعلم (فصل) فلو أن رجلاً نكح امرأة في عدتها نكاحاً حلالاً يريد أن عقد النكاح وقع على الوجه المباح وجود الولي والإيجاب والقبول وصحة المهر وغير ذلك من شروط الصحة وأوصافها فإن لم يكن مباحاً من جهة العدة قال فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها ووجه ذلك أن الوطء وجد منه في شبهة النكاح فأوجب ذلك تحريم الموطوءة على ابن الواطئ قال مالك وذلك أن أباه نكحها على وجه الحلال لا يقام فيه الحد ويلحق به الولد الذي يولد فيه بأبيه يريد أن أحكام النكاح الصحيح ثابتة في هذا النكاح إذا أصيب به وإن كان فاسداً لمصادفة زمن العدة وتحريم المصاهرة من أحكام النكاح الصحيح فوجب أن يثبت بالاصابة فيه وإنما يريد أنه غير عالم بأنها معتدة أو عالم بالتحريم فأما إذا كانا عالمين بالتحريم فإن حكمه عندي يحتمل من الخلاف ما ذكر قبل هذا في تحريم التأيد والله أعلم

(فصل) وقوله وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه في عدتها وأصابها فكذا تحرم على الأب ابنتها إذا هو أصاب أمها يريد أن ثبوت بعض التحريم في هذا النكاح يقتضي ثبوت سائر

جامع ما لا يجوز من النكاح *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق * ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار والشغار هو النكاح المذكور في الحديث وهذا يقتضي تحريم نكاح الشغار وفساده فيجب أن يقع أن يفسخ قال الشيخ أبو الحسن إنما اختلف قول مالك في الشغار لاختلاف الناس في معنى الشغار لأن المتفق عليه من لفظ الحديث هو قوله نهى عن الشغار وباقي الحديث يجعلونه من تفسير نافع قال الشيخ أبو عمران لا خلاف في المنع من العقد وإنما الخلاف في فسخه لاختلافهم في أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه والله أعلم ويقول مالك فيه قال عطاء والشافعي وروى عن أنس وقال أبو حنيفة الشغار جائز وفيه مهر المثل والدليل على ما نقوله نهى صلى الله عليه وسلم عن الشغار والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ودليلنا من جهة القياس أن هذا ملك بضع ابنته شخصين النكاح وابنته وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج ابنته من رجلين (فرع) إذا قلنا أنه يفسخ أن وقع في المدونة عن ابن القاسم أنه يفسخ قبل البناء وبعده وإن ولدت الأولاد قال وقال مالك يفسخ على كل حال وقد روى علي بن زياد عن مالك في غير المدونة يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي أن يكون الخلاف في هذا مبني على اختلاف قول مالك في فسخ النكاح بغير مهر بعد البناء وقد أشار إليه القاضي أبو اسحق وقد يحمل عليه غير هذا مما بينه والله أعلم (مسئلة) وهذا إذا لم يكن في الجنبين ذكراً مهران كان فيهما ذكراً مهران مثل أن يقول أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز وفي المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار عن أبي حازم في الرجل يزوج الرجل ابنته وينكح الآخر ابنته ويضع كل واحد منهما من الصداق لصاحبه أنه لا بأس بذلك ولو وضع الصداق كله كان شغاراً ووجه القول الأول أنه قد جعل بضع كل واحدة من البنيتين ملكاً للزوج الذي

* جامع ما لا يجوز من النكاح *

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق

تزوجها والبنت الاخرى ملك الزوج بالنكاح وملكته الاخرى لأنه بعض مهرها وذلك يمنع صحة النكاح ووجه الرواية الثانية أنه قد سمي لكل واحدة من البضعتين ما يصح أن يكون مهرًا فخرج بذلك عن أن يكون الآخر عوضًا منه فصح العقد والله أعلم (فرع) فإذا قلنا برواية المنع في المدونة أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده والفرق بينه وبين حقيقة الشغار إذا قلنا بقول ابن القاسم أنه يفسخ بعد البناء أن في العقد ما يصح أن يكون مهرًا وشرطًا يكون معه ما لا يصح أن يكون مهرًا فدخل الفساد بذلك في المهر وحكم ذلك أن يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وأما إذا عرأ عن المهر فالفساد في العقد لما قدمناه والله أعلم (مسألة) فإن سمي لاحداهما مهرًا ولم يسم للآخرى مهرًا مثل أن يقول أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك دون مهر ففسخ العقدان قبل البناء ويفسخ بعد البناء عقد التي لم يسم لها مهر ويثبت عقد الأخرى ووجه ذلك ما قدمناه من الفرق بين التي سمي لها مهر والتي لم يسم لها مهر والله أعلم (مسألة) إذا ثبت ذلك فالفساد دخل في النكاح لفساد العقد وفساد المهر فأما فساد العقد فمثل نكاح المتعة ونكاح الشغار على أحد القولين فإذا تعلق الفساد بالنكاح لعقد ففسخ قبل البناء وبعده ووجب فيه بالدخول المهر المسمى وفي المدونة في النكاح الذي ينقد على الخيار روايتان احدهما يفسخ قبل البناء وبعده والثانية يفسخ قبل البناء ويثبت بعده والفساد في هذا النكاح من جهة العقد فيجب أن يكون ذلك على روايتين والله أعلم (فصل) وقوله والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ظاهره أنه من جملة الحديث وعليه يحمل حتى رد ما بين أنه من قول الراوي وقد تقدم الكلام فيه (مسألة) والشغار في الاختين كالشغار في الابنتين والامتين وهو ظاهر المدونة وقد قال بعض الناس ان ذلك يختص بالابنتين البكرين وهما من لا يعتبر برضاه في النكاح ويجبر عليه وأما من يعتبر برضاه فلا بدخوله الشغار وانما هي كالتى تزوج بغير صداق فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده على الاختلاف في ذلك وفي المدونة اثبات حكم الشغار في المولاتين والمولاتان لا يجبران على النكاح ولو سلم له ما قاله للزومه أن لا فرق بين نكاح الشغار وبين النكاح بغير صداق من الوجه الذي ذكره لأن الخلاف في فسخ نكاح الشغار بعد البناء موجود كما هو في فسخ النكاح والله أعلم ص **عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عيسى عن ابن زيد بن جارية الانصاري عن خنساء بنت خدام الانصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها**

ثيب دون أن يستأذنها وذلك يكون على ضربين أحدهما أن يعقد نكاحها ويوقفه على إجازتها والثاني أن يعقد نكاحها ويلزمها إياه وان كرهت ذلك فأما النكاح الموقوف فقد حكى القاضي أبو الحسن أن قول مالك اختلف فيه فأجازه مرة إذا أجيز بالقرب وقال مرة أنه لا يجوز وقال أبو حنيفة في النكاح الموقوف ينقد ويوقف على الإجازة فان وجدت الإجازة صح ونفذ وان لم تقع الإجازة بطل كقولنا وقال الشافعي لا يجوز النكاح الموقوف بوجه والدليل على صحة جواز النكاح الموقوف من جهة القياس أن كون النكاح موقوفًا على إجازة محيز لا يمنع صحته أصل ذلك إذا كان موقوفًا على القبول ودليل ثان أن هذا عقد يصح أن يقف على الفسخ فجاز أن يقف على الإجازة كعقد الوصية (مسألة) إذا قلنا بصحة النكاح الموقوف فصفة النكاح الموقوف الذي ذكره أصحابنا في المدونة وغيرها أن يعقد الولي على وليته ويشترط إجازتها ويندكر أنه لم يستأذنها

• وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عيسى عن ابن زيد بن جارية الانصاري عن خنساء بنت خدام الانصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها

بعدوانه قد أمضى ما بيده من ذلك وانها ان أجازت فالنكاح من قبل الولي قد نفذ وقال القاضي أبو الحسن انه يصح ان ينقذ النكاح الموقوف على اجازة الولي أو اجازة الزوج أو اذن المرأة فيه وقد ذكرنا صفة وقفه على اذن المرأة وهو الذي يذكر أحكامنا جوازه (فرع) اذا قلنا بجواز النكاح الموقوف فانه على ضربين أحدهما أن يعقد الولي ما اليه من العقد ويفعل مثل ذلك الزوج ويبقى ما الى الزوج من ذلك وكذلك لو أنفذ الزوج ما اليه من القبول وبقي العقد موقفا على الإيجاب فهذا موقوف أحد طرفيه على الآخر والثاني أن يكمل الولي العقد عن نفسه وعن المرأة على ان للمرأة الخيار فهذا موقوف طرفاه على الخيار وقال القاضي أبو الحسن لافرق في القياس بين اجازته بالقرب أو بعد البعد وانما استحسن فسخه اذا بعدوا جازته اذا قرب لأن اليسير يجوز في الاصول كيسير العمل في الصلاة وهذا الذي قاله صحيح في النكاح الموقوف طرفاه على الاجازة لافرق بين قرب الاجازة ولا بعدها في النكاح وكذلك قال القاضي أبو الحسن ان القياس عندي أنه لا يجوز النكاح الموقوف بخلاف البيع الموقوف لأن النكاح ينفيه الخيار ولا ينفي البيع وما قاله بعد ذلك من أن اجازته في قريب المدة دون بعيدها استحسن كاجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره فان ذلك عندي فيه نظر وذلك أن اجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره ليس من الاستحسان الذي ذهب اليه بل هو الحق الواجب والفرض اللازم والقياس الصحيح الثابت وذلك أن العمل الكثير ينفي الصلاة باجماع لأن من حكمها وفروضها الاتصال والعمل الكثير يمنع من ذلك ويسير العمل لا يمكن الاحتراز منه فلذلك فرق بين يسير العمل وكثيره في الصلاة والنكاح الموقوف طرفاه على الاجازة قد وجد جميعه فان كان وقع عقده صحيحا فيجب أن يجوز طال مدتة أو قصرت وان كان وقع فاسدا فقد فسد في الوجهين ولذلك قلنا انه يجوز البيع الموقوف وان طال المدة وانما يفترق ذلك في النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر لأن من سنة النكاح اتصال أحد طرفيه بالآخر ولا بد في ذلك من يسير مهله لانه لا يستطيع أن يؤتى بالقبول بعد الإيجاب بغير فصل ولا يفسده تأخر المدة اليسيرة فلذلك كان كثير المدة يمنع انعقاده ويسيرها لا يمنع ذلك كالعمل في الصلاة (فرع) اذا ثبت ذلك فيجب أن يكون في النكاح الموقوف طرفاه على الاجازة قولان أحدهما الجواز على كل وجه والثاني المنع على كل وجه وهو الصحيح عندي وقد اختاره القاضي أبو الحسن وأما النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر ففي كراهية ما قرب منه قولان قد تقدم ذكر من أجازته وروى أبو يزيد في العتبية قول ابن القاسم في الجارية زوجها الولي على ان رضيت قال يفسخ ذلك وان كانت قريبة قيل فان دخل بها قال ما أدري كانه ضعف الفسخ بعد البناء ولم يره ولا خلاف على هذا في صحته وانما الخلاف في كراهيته وفيما بعد من المدة قولان أحدهما الجواز والآخر الابطال والله أعلم (فرع) فاذا قلنا انه يجوز في قصير المدة دون طويلها فقد روى ابن حبيب عن مالك في الرجل يزوج ابنته أو البكر أو الثيب ولا يستأمرها ثم يستأمرها سرا أو يبلغها فترضى فان كان ذلك بقرب تزويجه وكانت معه في البلد والموضع فان ذلك جائز وان كانت بغير البلد وكانت بعيدة عن موضعه وان جمعها ما البلد أو تباعد ما بين تزويجها وبينها بغير أمرها وبين ان علمت فرفضت وان جمعها ما البلد والموضع فلا يجوز بشرط ثلاثة معان اجتماعهما في البلد والموضع وقرب مدة الرضا ولم يعتبر مقدار القرب في مدة الرضا وقال عن مالك في الذي يزوج ابنته التكبير الحاضر بغير علمه انه ان رضى بمحدثان العقد فانه يجوز وان كان رضاه بعد ذلك باليوم أو

الأيام فذلك غير جائز وفي العتية من سباع ابن القاسم فبين زوج أخته وأبنته البكر وهي معه في
 البلد مقيمة ثم تخير فترضى أن مالكا أجازته وإذا كانت ثابتة عنده في البلد فلما علمت رضيت لم يجز
 هذا النكاح قيل لسحنون ما معنى قوله معه في البلد أن يكونا في حصن واحد أو هي بعيدة والبلد
 يجمعهما فقال بل في حصن واحد أو بينهما قريب من البريد واليوم وشبهه والقلزم من مصر ما هو
 بكثير وبينهما يومان إذا أرسل إليها في فور ذلك فأجازت فأما مثل الاسكندرية واسوان فلا يجوز
 ذلك وإن أجازته وقاله أصبغ فالخلاف بين رواية ابن حبيب وقول سحنون في موضعين أحدهما أن
 ابن حبيب شرط في صحة ذلك أن يكونا في موضع واحد من البلديريدا الحصن الواحد أو القرية ولم
 يشترطه سحنون وجوز ذلك وإن لم يكونا في موضع واحد منه والثاني أن ابن حبيب جعل اليوم الواحد
 في حين الكثير المانع من صحة العقد وجعل سحنون اليوم واليومين في حين القليل والكثير الخمسة
 الأيام والثمانية والله أعلم (فرع) وأما القولان في طويل المدة فقد روى ابن حبيب عن مالك
 في الذي يزوج ابنته الثيب البائنة عنه فترضى إذا بلغها ما فعل أبوها أنه لا يقيم على ذلك النكاح قبل
 البناء ولا بعده ولا صبغ في ذلك قولان في كتاب محمد أحدهما أنه يفسخ بعد البناء كقول مالك
 والثاني أنهم يأمرون بالفسخ قبل البناء ولا يجبران عليه قال أصبغ وقد اختلف قول مالك فيه فقال
 إن أجازته جاز وقال أيضا لأحب المقام عليه ووجه رواية ابن حبيب أنها مبنية على أن تأخير أحد
 طرفي النكاح عن الآخر المدة الطويلة توجب فسادا لأنه نوع من الخيار الذي ينافي النكاح لأنه
 خارج عن المعتاد من إبطال أحد طرفي العقد بالآخر أو مقارنته له ووجه قول أصبغ في منع الجبر على
 الفسخ أنه مبني على تجوز هذا النكاح على كراهيته وذلك أن الخيار الذي ينافي النكاح إنما هو
 الخيار بعد وجود طرفي النكاح وأما الخيار بعد وجود أحد طرفيه لمن يده الطرف الآخر من الإيجاب
 أو القبول فلا يصح أن يعدى النكاح منه وإذا لم يصح وجوده دون لم تصح منافاته له فكيف الرد بالعيب
 (فصل) وقوله وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فردنكاحها ظاهرا
 في أنه ليس للاب أن يزوج ابنته الثيب إلا بإذنها ورضاها وهذا حكم الأب وإن كانت ثيبا سفية غير
 مالكة أمورها في مالها فأنما تلك أمورها نكاحها وكذلك سائر الأولياء معها لأنه إذا كان هذا حكم الأب
 الذي يملك النظر في ماله فيأن لا يملك غيره إجبارها أولى وهذا الجبر ورد في حكم خنساء بنت خدام كانت
 تحت أنيس بن قنادة الأنصاري فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها من رجل من بني عمرو بن عوف فرد
 رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها لما كرهته ونكحت أبا البابة بن عبد الخدرى ص مالك
 عن أبي الزبير المسكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه الرجل وامرأة فقال هذا نكاح
 السر ولا أجزه ولو كنت تقدمت فيه لرجت ش قوله أتى بنكاح لم يشهد عليه الرجل وامرأة
 يريد أنه انفراد بالشهادة عليه رجل وامرأة ولم يشهد به سواهما وفي هذا بابان * أحدهما مقارنة الشهادة
 لعقد النكاح * والثاني ذكر من يثبت بشهادته عقد النكاح

(الباب الأول في مقارنة الشهادة لعقد النكاح)

أما مقارنة الشهادة لعقد النكاح فلا خلاف أنه الأفضل لاختلاف الناس في عدد ذلك عندنا شرطا
 في صحة النكاح ويجوز عندنا أن ينقذ النكاح بغير شهادة ثم يقع الأشهاد به بعد ذلك وبه قال
 عبد الله بن عمرو وعروة بن الزبير وعبد الله بن الزبير والحسن بن علي ومن المحدثين عبد الرحمن بن
 مهدي وزيد بن هارون وقال أبو حنيفة لا بد من شاهدين وإن كانا ناسقين أو أعميين أو محدودين

* وحدثني عن مالك عن
 أبي الزبير المسكي أن عمر
 ابن الخطاب أتى بنكاح
 لم يشهد عليه الرجل
 وامرأة فقال هذا نكاح
 السر ولا أجزه ولو كنت
 تقدمت فيه لرجت

في قذف ويجوز فيه رجل وامرأتان وقال الشافعي من شرط صحة النكاح مقارنة الشهادة لعقده فان عرا عن الشهادة حين العقد وجب فسخه لفساده وأقل ذلك شاهد عدل وبه قال الأوزاعي والثوري وابن حنبل وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن البصري والتخفي والدليل على ما نقوله على ما رواه البخاري قال حدثنا قتيبة قال حدثنا اسمعيل بن جعفر عن حميد عن أنس أقام النبي صلى الله عليه وسلم بين خيبر والمدينة ثلاثين ليلة عليه بصفية بنت حيي ودعوت المسلمين إلى وليمة فلما كان فيها من خبز ولحم أمر بالانطاع فالتقى فيها من التمر والاقط والسمن فكانت وليمته فقال المسلمون احدي أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه فقالوا ان حجبها فهي من أمهات المؤمنين وان لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينها وبين الناس فوجه الدليل من هذا الحديث ان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا ان حجبها فهي من أمهات المؤمنين ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالشهاد ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد لاستباحة البضع فلم يفتقر إلى الشهادة كالرجعة وشراء الأمة ودليل ثان فان هذا عقد على منفعة فلم تكن مفارقة الشهادة شرطا في صحته كالأجارة (مسئلة) واذا عقد النكاح ولم يحضره شهود ثم أقر أو شهد عليه قبل البناء لم يفسخ النكاح وان بنى ولم يشهد افتقد روى محمد عن أشهب عن مالك يفرق بينهما ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان تعرى عقد النكاح من الشهادة لاذرعية فيه إلى الفساد وتعرى الوطء والبناء من الشهادة فيه الذرعية إلى الفساد فنع منه لذلك ولو جاز لكل من وجد مع امرأة في خلوة أو أقر بجماعها أن يدعي النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان والتعزير في الخلوة فنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى فتى وقع البناء على الوجه الممنوع ففسخ ما دعي من النكاح قال ابن القاسم ان دخل ولم يشهد إلا شاهدا واحدا ففسخ النكاح ويتزوجها بعد أن تستبرئ بثلاث حيض ان أحب (فرع) وهل عليهما حد لما تقدم من المسيس روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبع انه ان كان أمرهما ذرية الحد عنهما عالين كانا أو جاهلين والشاهد الواحد على نكاحهما أو معرفة بناءهما باسم النكاح وذكره وإظهاره كالأمر الفاشي من نكاحهما قال ابن حبيب وقد كان ابن القاسم يقول ان كانا ممن لا يعذران بجهالة حدا وان كان أمرهما فاشيا وجه قول ابن الماجشون ان الافشاء في النكاح والاعلان به أبلغ في اظهاره من الاشهاد لانه لو انفرد الاشهاد واقترب به الكتمان لفسد العقد والاعلان يفارق صفة الزنا ويمتنع فسادة فاذا وجد الاعلان به انتفى الحد ووجه قول ابن القاسم ان الافشاء والاطهار اذا قصر عن الثبوت فهو في حكم الكتمان والاستسرار الذي يفسد به العقد مع انه لا يعلم الامام الذي يرفع اليه ذلك فشق هذا الأمر الا بيينة تشهد عنده بذلك والله أعلم

(الباب الثاني في صفة من يثبت النكاح بشهادته)

لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين والدليل على ما نقوله قوله تعالى في الطلاق وقيل في الرجعة واشهدوا ذوى عدل منكم والأمر يقتضي الوجوب ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يثبت حكما في البدن فاذا لم يثبت بشهادة النساء بانفرادهن لم يثبت بشهادتهن مع الرجال كالحودود والقصاص ودليل ثان وهو ان هذا جنس لا يثبت النكاح باثنين منه فلم يكن له مدخل في الشهادة به كالعبيد والفساق

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه هذا نكاح السر ولا أجيزه يقتضي ان هذا من جملة النكاح غير

ان تعاليله لمنعه بانه من نكاح السر وقد اختلف الفقهاء في نكاح السر فنع منه مالك وقال انه يفسخ
ان وقع وبه قال الزهري ويحيى بن سعيد الانصاري وقال أبو حنيفة والشافعي لا يفسخ واستدل
أصحابنا في ذلك بما رواه عبد الله بن وهب أخبرني عبد الله بن الاسود القرشي عن عامر بن عبد الله
ابن الزبير عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اعلنوا بالنكاح ودليلنا من جهة المعنى انه
لا خلاف ان الاستسار بالنكاح ممنوع لمساواة الزنا الذي يتواطأ عليه سرا فيجب أن لا يجوز
النكاح الاعلى وجهه يتميز من الزنا ولذلك شرع فيه ضرب من اللهو والوليمة لما في ذلك من الاعلان
فيه (فرع) اذا ثبت ذلك فان الذي يراعى فيه ترك التواطؤ على الكتمان ومعنى ذلك عقده دون
ذكر كتمان ولا اعلان فتي عقد على هذا فهو عقد صحيح حتى يقترب به التواطؤ على الكتمان وقد
اتفقنا على انه لا بد من ان يقترب بعقد النكاح أحد أمرين الاشهاد عند من يخالفنا أو ترك التواطؤ
على الكتمان عندنا وقد اتفقنا على ان النكاح يختص بهذا المعنى دون سائر العقود وكل ما يلزمنا
المخالف في مسئلتنا هذه يلزمه مثله في مسألة مقارنة الاشهاد لعقد النكاح والأحاديث في ذلك
مقاربة الأسانيد لا يكاد يصح شيء منها وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وما شاع منه بحضرة
الصحابه يقوى المنع من الكتمان ويرجح من جهة المعنى فانه لا بد من مراعاة صفة يتميز بها النكاح
من السفاح ونحن لا نراعى نفي الكتمان لانه من أحكام أسباب الزنا الذي لا يكاد يفارقها ويراعى
الاشهاد به في صحة الوطء ومفارقة الزنا فكان ذلك أولى من مراعاة الاشهاد في نفس العقد خاصة
لانه لا فرق بين الاشهاد في نفس العقد أو بعده وتصحيح الوطء والتميز بينه وبين وطء الزنا ووجه
ثان من الترجيح وهو اننا لا نشترط زيادة على اطلاق العقد في صحته وانما اتقى احداث صفة تشابه
صفة الزنا وهي التواطؤ على الكتمان والشافعي يقول ان اطلاق العقد لا يصح عنده حتى يشترط
معنى آخر وهو الاشهاد ويصح اذا اتفق على صفة ليست من مقتضى العقد وبها يشابه الزنا وهي
الكتمان فكان ما قلناه أولى لان كل عقد صحيح في الشريعة فان اطلاقه للعقد مع من يصح عقده منه
يقتضى الصحة كالبيع والاجارة والمساقاة وغيرها (فرع) وكل نكاح استكتمه شهوده فهو
من نكاح السر وان كثرا الشهود رواه ابن حبيب وعمر بن مالك قال عيسى سمعت ابن القاسم في
المسجد الجامع بمصر يقول لو شهد عليه من الرجال على هذا المسجد ثم استكتموا كان نكاح سر
قال أصبغ وهو الحق وروى ابن مزين عن يحيى بن يحيى قال لا يكون نكاح السر الا في مثل الذي
وقع بعهد عمر بن الخطاب رجل وامرأة فأما أن يشهد فيه رجلان عدلان فصاعدا فهو نكاح حلال
جائز وان استكتم ذلك الشهود لانه اذا علمه عدلان فصاعدا فليس بسر وبه قال الشافعي ووجه
القول الأول انه معقود على الكتمان الذي ينافي النكاح ويشابه التسبب الى الزنا وان اتفق الزوجان
والاولياء على الكتمان ولم يعلم بذلك الشهود فهو نكاح السر قاله ابن حبيب ووجه ما قدمناه
(فصل) وقول عمر رضي الله عنه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت قال ابن حبيب انما هذا من عمر رضي
الله عنه على وجه التشديد في الزجر عنه والمنع منه ولا رجم ولا حد اذا وقع ولكن العقوبة وروى
محمد عن ابن وهب يعاقب الشاهدان ان أتيا ذلك عن معرفة انه لا يصلح وان جهلا ذلك لم يعاقبا زاد ابن
حبيب ويعاقب الناكح والمنكح قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي في قول عمر رضي الله عنه
أنه يوجب الحد فيه اذا لم يقع الاشهاد به وظهر بهما بعد البناء والاقرار بالوطء من غير اعلان ولا
اشهاد وكذلك روى ان قول عمر انما كان في امرأة مولدة تزوجها ربيعة بن أمية الجمحي نكاح

سرى فملت منه فدرأ عنهما الحد عمر رضى الله عنه لما لم يكن تقدم في ذلك ولما قدر بهما من الجهل بمنعه فيكون قول عمر لو كنت تقدمت فيه لرجت بمعنى انه لو تقدم في ذلك تقدم المانع هذين الناكين علمه ولا يكونان ممن يجهل حكمه فيه لرجت لما ظهر من حمل المرأة دون بينة تشهد بعقد النكاح ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار ان طليحة الاسدي كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب رضى الله عنه وضرب زوجها بالخففة ضربات وفرق بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما المرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتمدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتمدت بقية عدتها من الأول ثم اعتمدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها * ش قوله ان طليحة الاسدي كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب رضى الله عنه ويحتمل أن يكون طلاقها رجعيا ويحتمل أن يكون بائنا فان كان طلاقها رجعيا فان نكاح غيره لها ممنوع في العدة منه وان كان طلاقها بائنا فان نكاح غيره ممنوع في عدتها ونكاحه ممنوع في العدة وبعدها حتى تنكح زوجا غيره والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ومعناه التربص عن النكاح

(فصل) وقوله فضر بها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالخففة ضربات يريد على وجه العقوبة لها لما ارتكبه من المحذور وهو النكاح في العدة وقد قال ابن حبيب في التي تزوج في العدة فميسها الزوج أو يقبل أو يباشر أو يغمز أو ينظر على وجه اللذة ان على الزوجين العقوبة وعلى الولي وعلى الشهود من علم منهم انها في عدة ومن جهل منهم ذلك فلا عقوبة عليه وقال ابن المواز على الزوجين الحدان كانهما اذ ذلك فيحتمل قول ابن حبيب على من علم بالعدة ولعله جهل التحريم ولم يعتمد ارتكاب المحذور فذلك الذي يعاقب وعلى ذلك كان ضرب عمر رضى الله عنه المرأة وزوجها بالخففة ضربات وتكون العقوبة والذنوب بحسب المعاقب ويعمل قول ابن المواز على انه ما علم التحريم وتقبح ارتكاب المحذور جرأة واقداما واستخفا فاقول الشخ أبو القاسم انه ما روايتان في المتعمد احدهما يحد والثانية لا يعاقب ولا يحد

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فأمر بذلك عمر بن الخطاب على سبيل تعليم من يجهل ذلك والتقديم الى الناس فيه والزجر لهم عنه ثم بين حكم غير المدخول بها من حكم المدخول وذلك أن التفريق بينهما لازم في الوجهين لان العقد صا في زمن العدة فكان فساد في عقده

(فصل) وقوله ثم اعتمدت بقية عدتها من زوجها الأول يقتضى أن تكون الفرقة قبل انقضاء العدة ولولم يقع الفسخ الا بعد انقضاء العدة لما كان عليها عدة

(فصل) وقوله ثم كان خاطبا من الخطاب يريدان مجرد العقد لا يتأبد به التحريم قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول عمر بن الخطاب والثانية ان التحريم يتأبد بمجرد العقد قال ووجه القول الأول ان هذا لم يدخل بشبهة في النسب فلم يتأبد بتحريمه أصله اذا واعد ولم

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار أن طليحة الاسدي كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالخففة ضربات وفرق بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتمدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتمدت بقية عدتها من الأول ثم اعتمدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها

يعقد قال ولان مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به التحريم المؤبد حتى يقارنه الوطء أصله اذا كانت تحت امرأة فتزوج ابنتها ولم يبطأها وهذا الدليل الذي أورده القاضي أبو محمد غير مسلم والخلاف في أصله كالخلاف في المسئلة التي أراد اثباتها قال القاضي أبو محمد ووجه القول الثاني ان هذا نكاح في عدة فوجب أن يتأبد به التحريم أصله اذا بنى بها وأيضا ما منع حسما للباب استوى قليله وكثيره كشهادة الأب لابنه

(فصل) وقوله رضى الله عنه وان كان دخل بها ففرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر يريد أنه ان دخل بها الذي تزوجها في عدة الأول فانه يفرق بينهما ثم تعتد عدتها من الأول فاذا انقضت استأنفت عدة من الثاني وقد اختلف قول مالك في ذلك فروى محمد عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك ان عدتها من الثاني تكفيها من يوم فرق بينهما وبعدها قال أبو حنيفة والرواية الثانية عنه انها اذا انقضت عدتها من الأول استأنفت عدة من الثاني وبعدها قال الشافعي ووجه الرواية الاولى وهي الأظهر عندي قوله تعالى وأولات الأجل هن أن يضعن حملهن ومن جهة القياس انه أجل فجاز أن ينقض بمضى مدة واحدة في حق اثنتين أصله أجل الدين ومن جهة الاستدلال ان العدة من حقوق النكاح وحال بقاء النكاح أكد وأقوى ومعلوم أن الوطء بشبهة اذا طرأ مع قيام النكاح لم يمنع النكاح من أن يتعقب العدة الوطء فبأن لا تمنع العدة من تعقب العدة الوطء أولى وأحرى ووجه الرواية الثانية ان هذه مدة مضروبة لاستيفاء الحق فيها فلم يجز أن يستوفى فيها اتيان الحق على الكمال أصله مدة الاجازة (فرع) فاذا قلنا بان العدتين لا يتداخلان فان ذلك في الاعتداد بالاقراء أو بالشهور فاذا كان الاعتداد بالحل فان عدة وضع حملها يكفيها عنهما جميعا رواه محمد عن أشهب ووجه ذلك ان وضع الحمل براءة متيقنة ولذلك لم تعتبر فيها مدة فالملقة والمتوفى عنها زوجها تحل بوضع الحمل وان كان بعد سبب عدتها بلحظة وأما الاستبراء بالاقراء والأشهر فطريقه الظاهر وبذلك يلحق الحمل بعد الاقراء والأشهر فان كان الحمل من الثاني وقد دخل بها بعد حيضة وولدت لستة أشهر فصاعدا روى ابن مزين عن أصبغ انه يبرئها الوضع من الاستبراء ولا يجزئها من العدة لان عدة الطلاق من الزوج بالحيض ولا يجزئها الوضع لانه من غيره وفي الموازية من رواية أشهب عن مالك ان ذلك يبرئها من الزوجين قال محمد وان في ذلك لضعفا وتأتلف ثلاث حيض بعد الوضع قال مالك وابن القاسم ولو كان الحمل من زنى لم يبرئها وضعه ولا تبرأ بوضع من لا يلحق الا في الملاعة لانه يلحق به ان استلحقه (مسئلة) واذا كانت العدة عدة وفاه لم يبرئها الا أقصى الأجلين بعيدين الأول أربعة أشهر وعشر تنزل فيها الاحداد وتعد من الثاني ثلاثة قروء قال في المدونة فان كانت مرتبة أو مستحاضة اعتدت سنة من يوم فسخ نكاح الثاني فان انقضت عدة الوفاة قبل أن تنقضي عدة الثاني سقط عنها الاحداد وان كانت العدة الاولى من طلاق نظر الى ما بقى من عدتها من يوم مفارقة الثاني له فان كانت حيضة أو حيضتين سقط عن الأول بانقضاء عدته ما لزمه من السكنى فانتقلت الى حيث شاءت تتم بقية الاستبراء وان كان طلاق الأول رجعيا وأراد رجوعها قبل أن تنقضي عدتها كان له ذلك يشهد على رجوعها ولا يقربها ولا يدخل بها حتى تتم الاستبراء روى ذلك كله ابن مزين عن أصبغ

(فصل) وقوله ثم لا يجتمعان أبدا يريد أن التحريم بينهما يتأبد فلا تحل له أبدا وذلك انه أخبر عن نكاح في العدة دخل بها ولذلك قال انه يفرق بينهما ثم تعتد بقية عدتها من الأول وهذا صريح فان

بناءها كان قبل انقضاء عدة الاول وعلى كل حال فلا يخلو النكاح في العدة اذا بنى بها أن يبنى بها
 في العدة أو بعدها فان كان بنى بها في العدة فان المشهور من المذهب أن التحريم يتأبد وبه قال
 ابن حنبل وروى الشيخ أبو القاسم في تفريعه في التي يتزوجها الرجل في عدة من طلاق أو وفاة
 عالم بالتحريم وإيتين أحدهما أن تحريمها يتأبد على ما قدمناه والثانية أنه زان وعليه الحد ولا
 يلحق به الولد وله أن يتزوجها اذا انقضت عدتها وبه قال أبو حنيفة والشافعي ووجه الرواية الاولى
 وهي المشهورة ما ثبت من قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وقيامه به في الناس فكانت
 قضاياه تسير وتنتشر وتنقل في الأمصار ولم يعلم له مخالف فثبت أنه اجاع قال القاضي أبو محمد وقد
 روى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره وهذا
 حكم الاجماع والدليل على ذلك من جهة القياس ان العقد الثاني عقد نكاح تقدمه بناء نكاح في
 عدة فوجب أن يبطل أصل ذلك اذا عرأ من الشهود ووجه الرواية الثانية ان هذا واطء ممنوع
 فلم يتأبد تحريمه كالأول زوجت نفسها أو زوجت متعة أو زنت وقد قال القاضي أبو الحسن ان مذهب
 مالك المشهور في ذلك ضعيف من جهة النظر والله أعلم (فرع) فان طلق رجل امرأته ألبتة
 ثم تزوجها قبل أن تنقضي عدتها فقد روى ابن حبيب عن ابن نافع انه كالأجنبي لا تحل له أبدا
 وروى محمد عن أشهب عن مالك فممن صالح امرأته على أنها ان طلبت الذي اعطته فهي امرأته
 فطلبت ذلك فرده اليها وراجعها وأصابها انه يفرق بينهما ولا يتناكحان أبدا لانه نكحها في عدتها
 قال محمد سألت غير واحد من أصحاب مالك فكلهم أبي هذا الجواب وقالوا لا تحرم عليه أبدا وروى
 ابن حبيب عن ابن القاسم وأصحاب مالك في مسئلته انها تحل له بعد انقضاء العدة ووجه القول
 الاول انه متزوج في عدة ممنوع من التزوج فيها فأشبهه الاجنبى ووجه القول الثاني وهو
 الاظهر انه ليس بممنوع لاجل العدة وانما منعه انه لا يجوز له نكاحها إلا بشرط قد عدم
 فأشبهه الذي تزوج امرأة على أخيها (فرع) ومن تزوج أم ولد بعد وفاة سيدها قبل أن تحيض
 الحيضة التي تؤمر بها فقد قال ابن القاسم عن مالك في المدونة انه كالمترزوج في العدة قال سحنون
 وقد روى عن مالك انه قال ليس كالمترزوج في العدة ووجه القول الاول ما أشار اليه مالك من أنها
 تزوجت حال حرمتها وهي ممنوعة من النكاح من أجل مستببح لو طئها كالأول في غناها زوجها وأما
 القول الثاني فبنى على أنه ليس لذلك حكم العدة وانما له حكم الاستبراء خاصة وسنين الفرق بينهما ان
 شاء الله تعالى (فرع) ومن تزوج أمة أو أم ولد أعتقت قبل أن تحيض حيضة فقد قال ابن القاسم
 في المدونة يسلك به سبيل المترزوج في العدة اذا أصاب واذا لم يصب وكذلك قال مالك فممن طلق أمة
 فأصابها سيدها في عدتها قال ابن القاسم وكذلك كل من أصاب بملك اليمين معتدة من نكاح
 أو أصاب بنكاح مستبرأة من ملك يمين (مسئلة) وهذا كله اذا كان البناء في العدة فان نكح
 في العدة ولم يكن منه واطء فيها ولكنه قبل أو باشر فقد روى أصبغ في كتاب محمد عن ابن القاسم في
 ذلك قولين أحدهما تأييد التحريم والثاني غير مؤيد قال أصبغ وقول ابن القاسم أحب إلى أمره
 بذلك ولا أقضي له عليه وهذه رواية عيسى عن ابن القاسم وجه القول الاول ما احتج به ابن القاسم
 ان كل ما ثبت تحريمه بالوطء فإنه يثبت بالتقبيل والمباشرة كتحريم الربائب ووجه القول الثاني
 ما ذهب اليه من أن المباشرة والقبلة إنما يجرى مجرى الوطء فيما يثبت تحريمه بالتزويل وأما ما يثبت
 بضرب من الاجتهاد فلا يجرى مجراه (فرع) ولو أرخبت الستور على النكاح في العدة ثم قال لم

أمس وصدقته المرأة فقد روى محمد وابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب لا ينكحها أبدا يقضى عليه بذلك قال محمد وهو الصواب ولو صدقت في مثل هذا لاسقطت عن نفسها العدة (مسئلة) ومن عقد في العدة ودخل بعد العدة ففي ذلك روايتان روى عن مالك في المدونة يتأبد بتحريمها وقال المخزومي لا يتأبد بتحريمها إلا بالوطء في العدة وجه الرواية الأولى أنها موطوءة بنكاح في العدة فتأبد بتحريمها كالتى تصاب في العدة ووجه الرواية الثانية أنها غير موطوءة بنكاح في العدة فلم يتأبد بتحريمها كالتى لم يوجد منها إلا العدة (مسئلة) وإن لم يوجد منه وطء أصلا في العدة ولا غيرها قال القاضي أبو محمد يفسخ نكاحه وفي تأييد التحريم روايتان أحدهما نفيه والأخرى إثباته وجه نفيه وهو الظاهر أنه لم يوجد فيه معنى تأييد التحريم وهو إدخال الشبهة في النسب ومجرد العقد الفاسد لا يتعلق به تأييد التحريم ما لم يقارنه وطء أصله إذا كانت تحته امرأة فتزوج ابنتها ولم يوطأها * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى ينتقض بالعقد على البنت فإنه يوجد تحريم الأم ووجه إثبات تأييد التحريم اعتباره بالوطء (مسئلة) وإن واعدته في العدة أن لا تنكح زوجها غيره ونكحها بعد العدة فقد روى محمد عن ابن وهب وأشهب عن مالك يفسخ نكاحه دخل بها أو لم يدخل وروى محمد عن أصبغ أنه ضعف الفراق فيه وقال أنه يؤثر بذلك ويؤثم فيه ولا يقضى به عليه قال لأنه ليس بنكاح في عدة واختار ذلك ابن المواز وجه القول الأول ما احتج به أصبغ من أن المواعدة هي المنهى عنها وقد قال الله تعالى ولكن لا تواعدةن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا وهذه المواعدة هي المنهى عنها وبها تم النكاح وعليها انعقد ووجه القول الثاني أنه عقد نكاح لم يتقدمه عقد ولا ميسيس في العدة فوجب أن يصح كالذى لم يتقدمه مواعدة قال القاضي أبو محمد إن خطبها صريحا في العدة ثم تزوجها بعد العدة ففيها روايتان استحباب الفراق والثانية إيجابه

(فصل) وقول سعيد ولها مهرها بما استحل من إيدى النكاح في العدة لها على زوجها المهران أصابها في العدة أو بعدها لأنها لم تبدل له نفسها على وجه السفاح وإنما بدلت له نفسها على وجه شبهة النكاح وذلك بوجوب لها المهر بالميسيس وإنما روى ذلك عن سعيد مفردا لأن الزهري روى عن سليمان في هذا الحديث أنه قال لها مهرها في بيت المال كذلك رواه معمر عن الزهري عنه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فلها المهر المسمى قال ابن المواز وغيره من أصحابنا وهذا إذا اتفقا على قدر المهر فإن اختلفا في ذلك فلا يخلو أن يختلفا قبل البناء أو بعده فإن اختلفا قبل البناء فقد روى ابن المواز عن أصبغ أن كانت بكرا حلف أبوها على ما قاله فإن أبي الزوج أن يدفع ما حلف عليه الأب والاحلف وأسقط ذلك عن نفسه وأما أن كانت ثيبا حتى لا يتم الأمر إلا بعلمها وحضورها فإنها التي تحلف دون الولي قال وهو معنى قول ابن القاسم قال ابن حبيب وسواء اختلفا في قدر الصداق أو نوعه كان مما يصدق فيه النساء أو لا يصدقن (فرع) فإن حلفا فقد ذكر القاضي أبو محمد يفسخ بينهما وهو لفظ المدونة وروى عن الشيخ أبي عمران أن ذلك يجري على الاختلاف المذكور في البيع قال وقد نص المغيرة على أنه إذا رضی أحدهما نفذ النكاح بينهما وجه القول الأول أن مخالف الزوجين يقتضى وقوع الفرقة بينهما كاللعان ووجه القول الثاني اعتبار به بالبيع على ما تقدم (فرع) وإن اختلفا بعد البناء فالقول قول الزوج قاله ابن القاسم لأنه مدعى عليه فإن حلف برى فإن نكل حلفت المرأة واستحققت ما ادعت من ذلك وهذا كله يجري مجرى البيع وقد بسطنا القول فيه في البيوع (مسئلة) وإن اختلفا في قبض الصداق واتفقا على قدره وجنسه فإن كان ذلك

قبل البناء فالقول قول الزوجة ان كانت ثيبا أو ولها ان كانت بكر فان كان ذلك بعد البناء فالقول قول الزوج خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله أن هذا مبني على أصليين أحدهما أن العادة جارية في معظم البلاد بل جميعها أن معجل الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء والثاني أن القول في قبض العوض قول مدعي العرف ولذلك قال مالك فيما جرت العادة بقبض ثمنه من الطعام اذا ادعاه بعد قبض الطعام وبعده ما فارقه البائع وكذلك الصنف فاذا كان العرف دفع الصداق المعجل قبل البناء وادعى الزوج من ذلك ما يشهد به العرف وجب أن يكون القول قوله ولذلك قال مالك في الراهن يقبض رهنه ويدعي دفع الدين أن القول قوله قال مالك ولو حل المؤجل قبل البناء لكان القول قول الزوج في دفع العين والعروض والحيوان وهذا معنى ما في المدونة

(فصل) وقد قال القاضي أبو اسحق وان ذلك انما هو في بلد عرفه تعجيل النقد عند البناء فأما بلد لا عرف فيه بذلك فالقول قول الزوجة وقال القاضي أبو محمد انما ذلك اذا لم يثبت ذلك في صداق فلا يكون القول قول الزوج بالبناء وما قدمناه أظهر لما بيناه والله أعلم (فرع) واذا تحمل رجل للمرأة بالصداق ففي العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ان ادعى الزوج والحمل الدفع حلف الحمل وصدق قال سحنون ولو أخذت بالصداق رهنا ثم بنى بها لكان كالحمل ودخوله كالإبراء يأخذ رهنه قال مالك وليس يكتب في الصداق براءة ص * قال مالك الأمر عندنا في المرأة الحرة يتوفى عنها زوجها فتعتد أربعة أشهر وعشرا أنها لا تنكح ان ارتابت من حیضتها حتى تستبرئ بنفسها من تلك الرية اذا خافت الحمل * وهذا كما قال ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت غير حامل فان عدتها أربعة أشهر وعشرا والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ترين بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ومعنى ترين الامر بالتربص ولا يجوز أن يكون بمعنى الاخبار بالتربص لأننا نجد في أكثر الازمنة من لا يتربص وخبر الباري تعالى لا يكون بخلاف محبته فثبت أن المراد به الامر ومقضى الامر الوجوب

(فصل) وقوله انها ان ارتابت من حیضتها يقول ان أقامت أربعة أشهر وعشرا فارتابت مع ذلك من حیضتها فانها لا يجعل لها النكاح حتى تذهب تلك الرية اذا خافت الحمل فجعل هذا حكما اذا خافت الحمل والرية على ضربين رية لا ارتفاع اليمين ورية لخافة الحمل وسيأتي ذكر ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى

* نكاح الأمة على الحرية *

ص * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر سئلا عن رجل كانت تحت امرأة حرة فأراد أن ينكح عليها أمة فكرها أن يجمع بينهما * ش قوله فكرها أن يجمع بينهما يريدانها كرها أن يجتمعا في ملكه حرة وأمة وانما ذلك في حق الحرية وكان السؤال انما ورد على نكاح الأمة على الحرية فأجاب على منع الجمع بينهما وذلك أعم من السؤال لأن الجمع بينهما يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يتزوج الأمة على الحرية وهو المسؤول عنه والثاني أن يتزوجها جميعا في عقد واحد والثالث أن يتزوج الحرية على الأمة لكنه لما تساوت عندهما هذه الوجوه في المنع أجاب عن جميعها وان كانا سئلا عن أحدهما فأما الوجه الاول وهو أن يتزوج الأمة على الحرية فقد كان من قول

قال مالك الأمر عندنا في المرأة الحرة يتوفى عنها زوجها فتعتد أربعة أشهر وعشرا انها لا تنكح ان ارتابت من حیضتها حتى تستبرئ بنفسها من تلك الرية اذا خافت الحمل * نكاح الأمة على الحرية * حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر سئلا عن رجل كانت تحت امرأة حرة فأراد أن ينكح عليها أمة فكرها أن يجمع بينهما

مالك المنع من ذلك مع وجود المال ثم رجع فقال يجوز ويتخير الحرة وهو قول سعيد بن المسيب وبه أخذ ابن القاسم قال وقد قال مالك وانه في كتاب الله تعالى حلال وجه القول الاول بالمنع قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فيما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم وذلك ان الحرة على هذا القول هي الطول الذي يتوصل به الى نكاح الحرة بمنعه نكاح الامة فبان يمنعه من ذلك كون الحرة زوجته أولى وأحرى ووجه القول الثاني أن الطول هو القدرة على صداق الحرة لأنه السعة في المال فبه يتوصل الى ما يحتاج اليه من نكاح الحرائر فأما الحرة فليست تسمى طولا لغة ولا شرعا ولا يتوصل بها الى ما يحتاج اليه من النكاح

(فصل) وأما قول مالك فانه في كتاب الله تعالى حلال فقد قيل لمحمد بن المواز أن ذلك في كتاب الله فقال أراه يريد قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وهذا عام قال محمد فانه عند مالك ناسخة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت :كم وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم كان يذكر أنه سمع مالك يقول نكاح الامة في كتاب الله حلال فاستوقفناه عليه في أي كتاب الله تعالى هو حلال وفي أي الآيات فقال لا أدري ومأقاله محمد فيه نظرا لأن النسخ لا يثبت الا بدليل وأيضا فان الآية الناسخة عنده عامة والمنسوخة خاصة في موضع الخلاف فيجب أن يقدم الخاص على العام الا أن ينقل النسخ في ذلك والأوضح عندي أن يكون معنى قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فيما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فأباح له نكاحها بوجود شرطين وبقي ما عدم فيه الشرطان مسكوتاً عنه على منعنا القول بدليل الخطاب ومنعنا أن يكون لفظ ذلك من ألفاظ الحصر ثم ورد قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم عاماً مطلقاً دون شرط فكان ما قبل الآية المقيدة من الآية المطلقة موافقاً لها ومما لا لعناها وما زاد على ذلك من الآية المطلقة فقد بين في الآية المطلقة وسكت عنه في الآية المقيدة وبهذا نقول في الآية المطلقة والآية المقيدة متى وردتا في حكم واحد متعلق بسبب واحد فأنما يعمل المطلق من اللفظ على إطلاقه والمقيد على تقييده ويحتمل وجه آخر وهو أن يكون قول مالك وانه في كتاب الله تعالى حلال راجعاً الى سؤال السائل عن نكاح الامة على الحرة فقال انه في كتاب الله تعالى حلال وأشار الى قوله عز وجل فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فيما ملكت أيمانكم الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم يريدانه جائز مع وجود هذين الشرطين وان كون الحرة عنده لا يمنع الاباحة لانها ليست بطول ولا يأت من معها العنت فيكون هذا معنى ما تضمنه كتاب الله تعالى من تحليل ذلك والله أعلم (فرع) فاذا ثبت انه ممنوع فهل ذلك على التحريم أو على الكراهة في المدونة ما يدل على القولين لان مالك قال من تزوج أمة على حرة فرق بينه وبين الامة وبه قال أشهب وابن عبد الحكم قال ثم رجع فقال ان تزوجها خبرت الحرة واختاره ابن القاسم فإيجاب الفسخ يقتضي التحريم ومنع الفسخ مع منع النكاح أو لا يقتضي الكراهية دون التحريم وأما اذا كان واجداً للطول الذي هو المال ففي كتاب محمد ان مالك قال لا بأس للحر تحت الحرة وليس عنده ما يتزوج به حرة وخاف العنت أن يتزوج أمة قال ابن وهب ثم قال بعد ذلك مالك ذلك جائز وللحرة الخيار فعلى هذا

في نكاح الأمة على الحرية ثلاث روايات أحدها لا يجوز وان عدم الطول الذي هو المال وخاف العنت إذا كانت تحته حرة والثانية يجوز وان لم يجبطولا ولا خاف عنتا والثالثة يجوز مع عدم الطول وخوف العنت ولا يجوز مع وجود الطول وأمان العنت والطول في القولين الآخرين أظهر في المال وان كان يجوز أن يراد به الحرية (فرع) فإذا قلنا إنه ينكح الأمة على الحرية فإن الحرية الخيار للنقص الداخل عليها بان تكون ضررها أمة وما الذي يكون لها من الخيار قال مالك في المدونة في أن تقيم معه أن أحببت أو تفارقه إن شئت قال ابن الماجشون والمغيرة إنما يكون الخيار للحرية في أن تقيم أو تفارق إذا كانت هي الداخلة على الأمة وأما إذا كانت الأمة هي الداخلة عليها فالخيار للحرية في نكاح الأمة إن شئت أقرته وإن شئت ردت وجه القول الأول أن الخيار إذا ثبت لأحد الزوجين بمعنى في جهة الآخر فأنما يكون خياره في أن يقيم أو يفارق ولا يتعدى خياره إلى غيره كعيب الجب والخصاء والجذام والبرص ووجه الرواية الثانية أنه إنما يثبت له الخيار لازالة الضرر الذي لحقها لكون الأمة ضرة لها وادخله عليها فلها أن تزيله عن نفسها برد نكاحها ومتى قلنا إن خيارها من أن تفسخ نكاحها كان خيارا في زيادة الضرر لا في إزالته (فرع) وهذا يكون للحرية أن تطلق نفسها بطلقة واحدة أو بطلقة مبهمة وتكون واحدة بآئنة وإن كان دخل بها وإن اختارت نفسها بالبتات كانت ثلاثا وقد خالفت السنة وفي التي يتزوج الأمة عليها ليس لها أن تطلق نفسها الاطلقة واحدة بآئنة ولا فرق بين الموضعين فتخرج الرواية في المسئلتين جميعا وإنما كانت الطلقة الواحدة بآئنة في ذلك لأن المعنى الذي أوجب الطلاق باق ثابت وهو وجود الأمة في عصمته فإذا كان سببا لإبطال النكاح الصحيح لم يصح الارتجاع معه لأن الخيار الثابت لها بالشرع في أن تطلق نفسها يبطل الرجعة وكل طلاق لا تصح الرجعة معه فإنه بائن كالخلع والطلاق البائن ويلزم على هذا النصرانية تسلم تحت النصراني ثم يسلم في دينها فأنها زوجته لأن إسلامها ليس بطلاق ولا يحتاج بإسلامه إلى ارتجاع ولا يلزم على هذا فرقة المولى فإن الرجعة فيه معتبرة بالوطء ولأن ضرر كون الأمة ضرة لها ثابت مستدام في جميع الأوقات والأحوال لا يكون في وقت دون وقت فأشبه ما يوجد بجسمه من برص أو جذام وأما ضرر الامتناع من الوطء فإن الوطء لا يستدام وإنما هو في وقت دون وقت فأشبه الاعتبار بالمنفعة ص **مالك** عن **يحيى بن سعيد** عن **سعيد بن المسيب** أنه كان يقول لا تنكح الأمة على الحرية إلا أن تشاء الحرية فإن طاعت الحرية فلها الثلثان من القسم **ش** قوله رضي الله عنه لا تنكح الأمة على الحرية إلا أن تشاء الحرية (فرع) من أحد القولين اللذين قدمناهما إن له أن يتزوج الأمة على الحرية مع وجود الطول وأمن العنت والثاني ليس له ذلك إلا مع عدم الطول وخوف العنت وأما من منع نكاح الأمة على الحرية فلا خيار ولا مشيئة في ذلك للحرية قال أصبغ في الواضحة والموازاة وإنما وجه الحديث عندنا أن تخير المرأة إذا نكح عليها الأمة أنما ذلك فيمن يجوز له أن يتزوج الأمة بالثنية والشرط وذلك بأن لا تكفيه الحرية ولا بدله من غيرها فيخاف العنت ولا يجبطولا إلى حرة أو هوى أمة معينة هوى غالب فيخاف على نفسه فيها العنت إن لم يتزوجها فيجوز له حينئذ أن يتزوجها على الحرية فيكون للحرية الخيار على ما قدمناه

(فصل) وقوله فإن طاعت الحرية فلها الثلثان من القسم يريد أن طاعت بالمقام معها في تلك الحال فإن للحرية من القسم الثلثين وللأمة الثلث وقد اختلف قول مالك في هذا فقل هذا القول رواه ابن حبيب عن مالك إذا كان الزوج حرا وفي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك أنه رجع قيل

* وحدثني عن مالك
عن يحيى بن سعيد
عن سعيد بن المسيب أنه
كان يقول لا تنكح الأمة
على الحرية إلا أن تشاء
الحرية فإن طاعت الحرية
فلها الثلثان من القسم

موته الى أن للحررة الثلثين من القسم وللأمة الثلث والقول الثاني يقسم بينهما بالسواء وهو اختيار ابن القاسم قال ابن المواز وعليه ثبت مالك وبه قال ربيعة وجه القول الأول بان القسم بقدر الثواء بدليل ان الصغيرة التي لا تسلم اليه لاحظ لها من القسم فلما كانت الحررة يتوى عندها ليلا ونهارا والأمة في الليل دون النهار وجب أن يكون حظ الحررة من القسم أكثر ووجه القول الثاني ان هذا حق من حقوق الزوجة فوجب أن تستوى فيه الحررة والأمة كالنفقة والكسوة (مسئلة) وهذا اذا كان الزوج حرافا كان عبدا فلا خلاف في المذهب أن يسوى بينهما في القسم الا ما قاله ابن الماجشون فإنه قال يفضل الحررة على الأمة وجه القول الأول ان الأمة قدسا وت العبد في الحرمة فلا تفضل عليها في القسم كالحررة تحت الحر ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عيب فكان حكمه أن يفضل الحررة على الأمة في القسم كالحر ص * قال مالك ولا ينبغي لحر أن يتزوج أمة وهو يجدر طول الحررة ولا يتزوج أمة اذا لم يجدر طول الحررة الآن يخشى العنت وذلك ان الله عز وجل قال في كتابه ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وقال ذلك لمن خشي العنت منكم * قال مالك والعنت هو الزنا * ش وهذا كما قال ان الحر لا يجوز له أن يتزوج الأمة الا بشرطين أحدهما عدم الطول والثاني خوف العنت هذا المشهور من مذهب مالك رواه عنه في المدونة ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد وابن نافع وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلى بن أبي طالب وجاعة من الصحابة والعلماء وفي العتية والواحدة من سماع ابن القاسم عن مالك انه أجاز للحر نكاح الأمة مع وجود الطول وأمن العنت وحكى القاضي أبو الحسن ان قول مالك هذا انما هو لمن لم تكن تحت حرة على هذه الرواية فأما ان كانت تحت حرة فلا يجوز له ذلك لان الحررة عنده هي الطول وقد تقدم بسط الكلام في ذلك بما يغني عن اعادته

(فصل) والدليل على اعتبار الشرطين المذكورين قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ثم قال تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فشرط في استباحة نكاح الاماء أن لا يستطيع طولا بنكاح حرة ويخاف العنت ان لم يتزوج الأمة واذا كان هذان المعنيان شرطين في الاباحة لم يجز له ذلك مع عدمهما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي انما يصح التعلق به لمن قال بدليل الخطاب في الشرط لانه أباح هذا النكاح بالشرطين وليس في الآية ما يدل على المنع منه مع عدم الشرطين ولمن قال ان لفظة ذلك من ألفاظ الحصر الا أن المشهور من قول الصحابة المنع من ذلك مع عدم الشرطين المذكورين والمنع من ذلك مع عدم الزوجة الحررة على ما أشار اليه القاضي أبو الحسن ليس بظاهر من أقوال الصحابة ولا يكاد أن يصح على هذا التعرير من قولهم وأما قول ابن المواز باجازه ذلك على الاطلاق فيتناوله عموم الآيتين ان لم يمنع منه اجماع وقد روى عن مجاهد وسفيان الثوري (فرع) اذا ثبت ذلك فقد اختلف قول مالك في الطول المذكور في الآية ففي المدونة من رواية ابن وهب وابن نافع عن مالك ان الطول المال وقد تقدم من رواية القاضي أبي الحسن عن مالك ان الطول أن يكون في عصمة حرة رواه ابن المواز عن مالك وقال اذا كانت تحت حرة لم يتزوج أمة وان عدم الطول الذي هو المال وخاف العنت وجه القول الأول وهو الاظهر ان الطول في كلام العرب الغنى وكثرة المال قال الله تعالى استأذنك أولو الطول منهم وقالوا ذرنا نككن مع القاعدين

قال مالك ولا ينبغي لحر أن يتزوج أمة وهو يجدر طول الحررة ولا يتزوج أمة اذا لم يجدر طول الحررة الآن يخشى العنت وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وقال ذلك لمن خشي العنت منكم قال مالك والعنت هو الزنا

يريد أولى الغنى ولا نعلم اسم الطول يقع على الحرة بوجه في لسان العرب كما لا يقع عليها اسم الغنى واليسار ووجه آخر وهو أنه تعالى قال فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فجعل الطول مما يتوصل به إلى نكاح الحرة ولو كانت الحرة طولا لم يجعله شرطا في الوصول إليها لأنه لا يصح أن يقول ومن لم يستطع منكم حرة أن ينكح حرة ولما علق الاستطاعة على الطول في الوصول إلى الحرة علم أن الطول غير الحرة وإذا تقرر هذا فمن قال إن الطول المال فالنكاح عنده بمعنى العقد ومن قال إن الطول الحرة فالنكاح عنده بمعنى الوطء والله أعلم (فرع) فإذا قلنا إن الحرة ليست بطول فإن كان عنده زوجتان أو ثلاث فليس بطول وله أن يتزوج الأمة لوجود شرطى إباحة ذلك رواه ابن المواز عن عبد الملك عن مالك وإذا قلنا إن الطول هو المال فكذلك يعتبر منه روى ابن حبيب عن أصبغ أنه قال عدم الطول أن لا يجد ما يصلح لنكاح الحرة وهي المحصنة المذكورة في قوله تعالى أن ينكح المحصنات من المهر والنفقة والمؤنة ونكاح الأمة أخف عليه وربما كانت نفقتها على غيره وروى ابن المواز فيمن قال أنا أجدهما أتزوج به حرة ولا أجدهما أنفق عليها ليس له أن يتزوج أمة إنما ذاك الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فظاهر هذا اللفظ يقتضى ما يتوصل به إلى النكاح وهو المهر وقول أصبغ محتمل لأنه إذا لم يجد ما ينفعه على الحرة لم يصل إلى الاستمتاع بها وبها من العنت وقد قال جابر بن زيد لا يجوز اليوم لأحد نكاح الأمة لأنه يجد نكاح الحرة بما ينكح به الأمة (فرع) وسواء كان ما يقدر به على نكاح الحرة نقدا أو عرضا أو ديناً على ملي أو ما يمكن بيعه أو إجارته فهو طول رواه عبد الملك عن مالك قال ابن الماجشون والكتابة على المكاتب طول لأنه يمكن بيعها كالتين المؤجل وروى ابن حبيب عنه أنه قال المأبر والمعتق إلى أجل ليس بطول لأنه لا يمكن بيعه ولا يتصرف تصرف المال والمراد به عندي أن لم يكن من منفعه ما يتوصل به إلى نكاح الحرة ومعنى ذلك أن ما أمكن أخذه ثمنه والمعاوضة به فبلغ ثمنه ما يتوصل به إلى نكاح الحرة فهو طول وما لم يبلغ ذلك أو لم يمكن ذلك فيه فلا يس بطول والمأبر لا يمكن بيعه رفقة ولا بيع منفعه المدة الطويلة لأن أمره مترقب لجواز أن يموت أو يمرض فتد الإجارة فلذلك لم يعد طولاً

(فصل) إذا ثبت ذلك فمن تزوج أمة وهو يجد طولاً ولا يخاف عنتاً فإن قلنا يجوز ذلك فهو على نكاحه وإن قلنا بالرواية الثانية فقد روى ابن المواز عن أصبغ أنه يفسخ نكاحه فإن خاف العنت وهو واجد الطول فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك أنه يفرق بينهما ما قيل له أنه يخاف العنت قال السوطي ثم خففه بعد ورجع عنه وروى عنه محمد وابن حبيب في الذي هو أمة بيعها هو لا يمكنه الصبر عنها وخاف على نفسه العنت أنه يجوز له أن يتزوجها وهذا مبني على القول الذي رجع إليه مالك وأما على تعليق الإباحة بشرطين فلا يجوز له ذلك مع وجود الطول إلى الحرة إلا أن يزيد بالطول ما يصل به إلى استباحة ما خاف على نفسه العنت بالامتناع منه من ثمن أمة على اختيار مالكها أو مهر حرة على اختيارها إن كانت معينة (مسألة) فإذا قلنا أنه يجوز نكاح الأماء مع عدم الشرطين فلا خلاف أن له أن يتزوج أربعا وإذا قلنا لا يجوز ذلك إلا مع وجود الشرطين فكذلك ينبغي له من نكاح الأماء أن لم يزل خوف العنت إلا بنكاح أربع فإن له ذلك وإن زال خوف العنت بواحدة فروى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك أنه لا يجوز للمحرأ أن يتزوج أمة وعنده أمة الآن لا يجد طولاً ويخاف العنت وظاهر رواية ابن المواز يقتضى إباحة نكاح الأربع بعدم

الطول وخوف العنت قبل نكاح واحدة منهن (مسئلة) فاذا تزوج أمة لوجود الشرطين ثم وجد بعد ذلك الطول وأمن العنت فإنه لا يلزمه فراق الأمة قاله ابن حبيب قال القاضي أبو الحسن وهو قول المزني فإنه قال يفسخ نكاح الأمة والدليل على ما نقوله ان هذا نكاح أمة انعقد لوجود شرطى الاباحة فعدم أحد الشرطين لا يفسخ نكاحه كما لو عدم خوف العنت

(فصل) وهذا كله في الحر فاما العبدان له أن يتزوج الأمة المسلمة على كل حال والدليل على ذلك أنه مساو لها في الحرية فجاز له أن يتزوجها دون عدم طول ولا خوف عنت كالحر يتزوج الحرة (مسئلة) فان تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة فلا خيار للحرة في قول مالك وجميع أصحابنا الا مارواه ابن حبيب عن ابن الماجشون انه اذا تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة ولم تعلم بذلك الحرة فان لها الخيار كما لها مع الحر

(فصل) وقول مالك والعنت هو الزنا هذا الذي ذكره في الموطا وروى ابن المواز عن أصبغ قال بلغني عن ربيعة انه قال العنت الهوى وكان من أوعية العلم وأصل العنت في كلام العرب ما يشق على الانسان ويتعبه ويضن به وهذا موجود فيمن بلغت حاجته الى النساء به خوف الزنا وموجود فيمن بلغته حاجته مشقة الصبر الذي لا يستطيع عليه ويخاف معه موافقته فكلما الوجهين يقع عليه اللفظ من جهة اللغة وانما يخاف من الهوى ما يعود الى الزنا فكلما التفسير ين يعودان الى معنى واحد وقد قال صاحب العين العنت المشقة والعنت الهلاك وقيل الزنا

﴿ ما جاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته فقارقه ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي عبد الرحمن عن زيد بن ثابت انه كان يقول في الرجل يطلق الأمة ثلاثا ثم يشترىها انها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قوله في الرجل يشترى الأمة بعد ان طلقها ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره على معنى انه اذا طلقها ثلاثا فقد حرم عليه الاستمتاع بها بكل سبب وعلى كل وجه الا بعد زوج وروى عن ابن عباس وطاوس وغيرهما انه يحل له بملك اليمين وان كان طلقها ثلاثا ولم تزوج غيره والدليل على ما نقوله وهو قول فقهاء الأمصار ان عقد النكاح في اباحة الوطء أقوى من عقد الشراء بدليل انه مقصوده فاذا لم يستبح وطأها بعقد النكاح فبان لا يبيع له وطأها بملك اليمين أولى وأحرى ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن رجل زوج عبدا له جارية له فطلقها العبد ألبتة ثم وهبها سيدها له فهل تحل له بملك اليمين فقال لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قولهما في العبد توهب له زوجته أمة بعد ان كان طلقها ألبتة انه لا يستبيحها بالهبة ما لم تنكح زوجا غيره لان ملكه اياها هبة أو صدقة أو ابتياعا أو ميراثا لا يختلف بوجه الملك صفة الملك فلذلك لم يختلف في الاباحة ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن رجل كانت تحته أمة فاشتراها وقد كان طلقها واحدة فقال تحل له بملك يمينه ما لم يبت طلاقها فان بت طلاقها فلا تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره قال مالك في الرجل ينكح الأمة فتلد

﴿ ما جاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته فقارقه ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي عبد الرحمن عن زيد بن ثابت انه كان يقول في الرجل يطلق الأمة ثلاثا ثم يشترىها انها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ﴾ وحدثني عن مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن رجل زوج عبدا له جارية له فطلقها العبد ألبتة ثم وهبها سيدها له فهل تحل له بملك اليمين فقال لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ﴾ وحدثني عن مالك انه سأل ابن شهاب عن رجل كانت تحته أمة مملوكة فاشتراها وقد كان طلقها واحدة فقال تحل له بملك يمينه ما لم يبت طلاقها فان بت طلاقها فلا تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره قال مالك في الرجل ينكح الأمة فتلد

منه ثم يتابعها انها لا تكون أم ولده بذلك الولد الذي ولدت (٣٧٥) وهي لغيره حتى تلد منه وهي في ملكه بعد ابتياعه إياها

قال مالك فان اشتراها وهي

حامل منه ثم وضعت عنده

كانت أم ولده بذلك الحمل

فما نرى والله أعلم

ما جاء في كراهية

إصابة الاختين بملك اليمين

والمرأة وابنتها

حدثني يحيى عن مالك

عن ابن شهاب عن عبيد

الله بن عبد الله بن عتبة

ابن مسعود عن أبيه أن

عمر بن الخطاب سئل عن

المرأة وابنتها من ملك اليمين

توطأ أحدهما بعد الأخرى

فقال عمر ما أحب أن

أخبرهما جميعا ونهى عن

ذلك وحدثني عن

مالك عن ابن شهاب عن

قيصة بن ذؤيب أن رجلا

سأل عثمان بن عفان عن

الاختين من ملك اليمين

هل يجمع بينهما فقال عثمان

أحلتها آية وحرمتها آية

فأما أنا فلا أحب أن أصنع

ذلك قال فخرج من عنده

فلقي رجلا من أصحاب

رسول الله صلى الله عليه

وسلم فسأله عن ذلك فقال

لو كان لي من الأمر شيء

ثم وجدت أحدا فعل ذلك

لجعلته نكالا قال ابن شهاب

أراه علي بن أبي طالب

حدثني عن مالك أنه

بلغه عن الزبير بن العوام

مثل ذلك

منه ثم يتابعها انها لا تكون أم ولده بذلك الولد الذي ولدت وهي لغيره حتى تلد منه وهي في ملكه بعد ابتياعه إياها قال مالك فان اشتراها وهي حامل منه ثم وضعت عنده كانت أم ولده بذلك الحمل فيما أرى والله أعلم ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت زوجة الرجل ثم تلد منه لا تكون له أم ولده بذلك ان يتابعها بعد ذلك لانها لم تلد منه بملك يمين ولا ملكها وهي حامل منه وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون أم ولده بما تقدم من ولادتها من قبل ملكها والدليل على ما نقوله انه لم يملكها حاملا منه فلا تكون أم ولده كما لو حلت منه بزني

(فصل) وقوله وان اشتراها وهي حامل منه ثم وضعت عنده كانت أم ولده بذلك الحمل وقال الثوري والشافعي لا تكون أم ولده بذلك وان ملكها حاملا حتى تحمل منه وهي في ملكه والدليل على ما نقوله انه لما ملكها وهي حامل منه وعق عليه الولد بملك أبيه له سري العتق اليها لانه عتق عليه بالشرع

ما جاء في كراهية إصابة الاختين بملك اليمين والمرأة وابنتها

ص مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن أبيه أن عمر بن الخطاب سئل عن المرأة وابنتها من ملك اليمين توطأ أحدهما بعد الأخرى فقال عمر ما أحب أن أخبرهما جميعا ونهى عن ذلك ش قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المرأة وابنتها لا أحب أن أخبرهما يريد لأحب أن أكون واطئا لهما جميعا وذلك يقتضي انه متى وطئ أحدهما أيتهما كانت امتنع من وطء الأخرى فنهى عن ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن وهب وقد بلغني عن عمر بن عبد العزيز انه قال قد نزل في القرآن النهي عن ذلك يريد والله أعلم حرمت عليكم أمهاتكم وآبائكم نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم وهذا على أن يعمل النساء على مقتضى اللغة دون عرفها وكذلك الربائب فيكون التحريم عاما في الوطء بالنكاح وملك اليمين وقد روى محمد بن مالك انه قال كل ما وصفت لك انه يحرم بالنكاح فانه يحرم بالملك يريد الوطء فيه قال مالك ولا بأس أن يجمع بينهما بملك اليمين فمن وطئ منهما الأم والأبنة فقد حرمت عليه بذلك الأخرى أبدا ووجه ذلك انه قد يملك على هذا الوجه من لا يجوز له وطؤها كالأخالة والعمة فلذلك جازله أن يجمع بينهما في ملك اليمين وان لم يجمع بينهما بالوطء فالجمع بينهما في ذلك محرم كالجمع بينهما بعد النكاح ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا أحب أن أخبرهما جميعا معناه أعرف حال هذه وعال هذه بالوطء مأخوذ والله أعلم من الاختبار (مسألة) وهذا حكم الوطء بملك اليمين وكذلك الالتئام منها بالنظر الى المعاصم والصدر ووجه ذلك ان من حرم للوطء فانه يحرم للنظر على وجه اللذة أصل ذلك اذا عقد على الابنة عقد نكاح ص مالك عن ابن شهاب عن قيصة بن ذؤيب أن رجلا سأل عثمان بن عفان عن الاختين من ملك اليمين هل يجمع بينهما فقال عثمان أحلتها آية وحرمتها آية فاما أنا فلا أحب أن أصنع ذلك قال فخرج من عنده فلقي رجلا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال لو كان لي من الأمر شيء ثم وجدت أحدا فعل ذلك لجعلته نكالا قال ابن شهاب أراه علي بن أبي طالب حدثني عن مالك أنه بلغه عن الزبير بن العوام مثل ذلك ش السائل هو قباد الأسلمي سأل عثمان بن عفان عن ذلك فقال عثمان رضي الله عنه أحلتها آية وحرمتها آية قال ابن حبيب يريد بآية التحليل قوله تعالى الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله تعالى والمحصنات من النساء الاما ملكت

أيمانكم ومعنى ذلك أنه لم يخص أختين من غيرهما وقوله حرمتها آية يريد قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف يردانها عامة في تحريم الجمع بين الأختين ولم يخص ملك يمين ولا غيره فاتفق فيهما أهل الأصار على المنع من ذلك وهو المشهور عن الصحابة رضي الله عنهم أجمعين والدليل عليه عموم قوله تعالى في آية التحريم فهذه الآية عامة في الملك وخاصة في الأختين وقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم عامة في الأختين وغيرهما خاصة في ملك اليمين فكلا الآيتين خاصة من وجه عامة من وجه آخر إلا أن آية ملك اليمين قد دخلها تخصيص بأجاء وهي في العمة والخالة والأم من الرضاغة فإنه لا يجوز وطؤها بملك اليمين وآية التحريم لم يدخلها تخصيص فوجب حملها على عمومها وتخصيص الأخرى بها أولى وأحرى ص **قال مالك في الأمة تكون عند الرجل فيصيبها ثم يريد أن يصيب أختها أنها لا تحل له حتى يحرم عليه فرج أختها بنكاح أو عتاقة أو كتابة أو ما أشبه ذلك يزوجه عبده أو غير عبده** ش وهذا كما قال أنه لا يحل الجمع بينهما في الميسس بملك اليمين ولا غيره ولا بأس باجتماعهما في ملك يمينه ولا يخلو أن يجتمع في ملكه قبل وطء أحدهما أو يتباع أحدهما فيطوها ثم يتباع الأخرى فإن اجتمع في ملكه قبل الوطء فله أن يطأ أيتهما شاء فإذا وطئ أحدهما حرمت عليه الأخرى حتى يحرم على نفسه التي وطئ لان معنى الجمع بينهما في أن يستبيع وطأها وها في ملكه فإذا نال أحدهما حرمت عليه نيل الأخرى (مسئلة) فإن باع التي وطئ ثم اشتراها قبل أن يطأ الثانية فهو بالخيار أيضا بين أن يطأ أيتهما شاء لان هذا ملك جديد لم يطأ فيه فهو بمنزلة الذي اجتمعتا في ملكه قبل أن يطأ واحدة منهما (مسئلة) فإن باع التي وطئ ثم وطئ الأخرى ثم اشترى الأولى فإنه يقيم على وطء الثانية التي وطئ بعد أختها ولا يحل له وطء الأولى لانه قد اشتراها بعد أن وطئ أختها وهي عنده دونها وهذا حكم المرأة مع عمتها وخالتها بالنسب والرضاع حكاه ابن المواز عن مالك

❦ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه ❦

ص **قال مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وهب لابنه جارية فقال لا تمسها فاني قد كشفتها** ❦ ش قول عمر رضي الله عنه لابنه حين وهب الجارية لا تمسها يقتضي صحة ملك ابنه لمن لا يحل له وطؤها وانما نهاه عنها ليعرفه أنه قد جرى له فيها ما حرمت على ابنه وطؤها والاستمتاع بها (فصل) وقوله رضي الله عنه فاني قد كشفتها يردانه قد كشف عنها ونظر الى بعض ما تنسره من جسد ما على وجه طلب اللذة والاستمتاع منها قال ابن حبيب من ملك أمة فتلد منها بتقبيل أو بتجريد أو مباشرة أو ملاعبة أو مغامرة أو نظر الى شيء من محاسنها تنظر شهوة فكل ذلك يحرم على ابنه وعلى أبيه التلذذ بشيء منها إن ملكها عبده ورواه ابن المواز عن مالك وزاد وكذلك ان نظر الى ساقها أو معصمها تلذذ فلا تحل لابنه ولا لأبيه وقال القاضي أبو الحسن ان نظره الى فرجها أو غيره من جسد ما لا يحرمها وقال والدليل لذلك أنه نظر الى جسد ما من غير مباشرة ولا انزال فلم يحرم بذلك على ابنه أصل ذلك اذا نظر الى وجهها من غير لذة والدليل لصحة قول مالك ان هذا استمتاع مباح فوجب أن يحرم به على الابن كالوطء (مسئلة) فأما ان نظر اليها عند اشترائه أو مرض فقامت عليه واطلعت على عورته ومنست ذلك منه أو مرضت فقام هو عليها ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يحرمها ذلك على أبيه ولا على ابنه قال أصبغ وذلك عندى اذا صبح هذا ولم يكن شيء من اللذة بقلب ولا بصير ولا بد ولا فعل ووجه ذلك أنه لم يوجد منه استمتاع ولا قصد الى التلذذ بها فلم يحرم على ابنه كاستخدامها

قال مالك في الأمة تكون عند الرجل فيصيبها ثم يريد أن يصيب أختها أنها لا تحل له حتى يحرم عليه فرج أختها بنكاح أو عتاقة أو كتابة أو ما أشبه ذلك يزوجه عبده أو غير عبده

❦ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه ❦
❦ حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وهب لابنه جارية فقال لا تمسها فاني قد كشفتها

ص * مالك عن عبد الرحمن بن المجران قال وهب سالم بن عبد الله لابنه جارية فقال لا تقرب بها فاني قد أردتها فلم أنشط اليها * ش قوله لا تقرب بها يريد منعه من وطئها والاستمتاع بها وهذا اللفظ اذا استعمل فائما معناه المنع من المنفعة المقصودة المعتادة من ملك العين ولذلك قال تعالى ولا تقربا هذه الشجرة وانما أراد المنع من أكلها ثم بين ذلك بأن قال عز وجل فا كلا منها فبنت لهما سوآتهما وقال ألم أنهيكم عن هذه الشجرة ولما كان المقصود من المرأة الوطء والاستمتاع بها كان المنع من أن يقربها منعاً من وطئها

(فصل) وقوله فاني قد أردتها يعني انه أراد وطئها لان مثل هذا اللفظ من الارادة والشهوة والكرهية متى علق على عين فائما يقتضي تعلقه بالفعل المقصود منه فاذا قال أردت الجارية فائما يعني ارادة جماعها واذا قال أردت الطعام اقتضى ذلك ارادة أكله الا أن الارادة هاهنا يحتمل أن يريد بها الارادة بالقلب خاصة وهذا لا يحرم الا أن يقتصر بها من المباشرة أو النظر ما يوجب التحريم وأما مجرد الارادة للغائب فلا يتعلق بها حكم ويحتمل أن يريد به عالجتها وحاولت ذلك منها وذلك الذي يتعلق به التحريم وأما عدم النشاط عن اكمال الجماع الذي حاوله أو اراده فلا الا أنه لما وجد منه بالمحاولة ما يقتضي التحريم لزمه أن يخبر ابنه حين وهبه اياها بما يمنعه من الاستمتاع بها وأخبره بوجه المنع منها (مسئلة) وهذا يلزم كل من وهب ابنه جارية جرى فيها ما يحرمها عليه أن يعلمه بذلك ليتوقاها وان لم يكن جرى منه ما يحرمها عليه ان يبين له ذلك فيعلم بذلك انها مباحة له فان لم يتبين له أحد الامرين فقد قال ابن حبيب لا يحل لولد مسيس جارية ملكها أبوه ولا لولد مسيس جارية ملكها ولده وان كان صغيرا اذا بلغ مبلغ من يلتذ بالجوارى خيفة أن يكون قد مسها أو تلذذ منها بشئ حتى يبين الوالد للولد والولد للوالد انه لم يمسها ولا التذذ بشئ منها ص * مالك عن يحيى بن سعيد ان أبان هشل ابن الاسود قال للقاسم بن محمد اني رأيت جارية لي منكشفا عنها وهي في القمر فجلست منها مجلس الرجل من امرأته فقالت اني حائض فقلت فلم أقرب بها بعد فأهبا لأبي يطؤها فنهاه القاسم عن ذلك * وحدثني عن مالك عن ابراهيم بن أبي عبلة عن عبد الملك بن مروان أنه وهب لصاحب له جارية ثم سأله عنها فقال قد هممت أن أهبا لابني فيفعل بها كذا وكذا فقال عبد الملك لمروان كان أروع منك وهب لابنه جارية ثم قال لا تقربها فاني قد رأيت ساقها منكشفة * ش قوله قد هممت أن أهبا لابني فيفعل بها كذا وكذا ولم يذكر انه قد جرى له فيها ما يمنع ذلك كلام محذوف وذلك انه روى ان الأب قد راها فعجز عنها كذلك رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك انه قال أردتها فلم أستطعها وقد هممت أن أهبا لابني فيصيب منها فحينئذ قال قد هممت أن أهبا لابني فيفعل بها كذا وكذا كناية عن الجماع ولذلك قال له عبد الملك لمروان كان أروع منك اذا قال لابنه في جارية وهبه اياها لا تقرب بها فاني قد رأيت ساقها منكشفا وهذا يسير في جنب محاولة جماعها ومباشرةها ومضايعتها وغير ذلك من مقدمات الوطء

* وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن المجران أنه قال وهب سالم بن عبد الله لابنه جارية فقال لا تقربها فاني قد أردتها فلم أنشط اليها * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أن أبان هشل بن الاسود قال للقاسم بن محمد اني رأيت جارية لي منكشفا عنها وهي في القمر فجلست منها مجلس الرجل من امرأته فقالت اني حائض فقلت فلم أقرب بها بعد فأهبا لأبي يطؤها فنهاه القاسم عن ذلك * وحدثني عن مالك عن ابراهيم بن أبي عبلة عن عبد الملك بن مروان أنه وهب لصاحب له جارية ثم سأله عنها فقال قد هممت أن أهبا لابني فيفعل بها كذا وكذا فقال عبد الملك لمروان كان أروع منك وهب لابنه جارية ثم قال لا تقربها فاني قد رأيت ساقها منكشفة

والقصد اليه ولم يمنعه من الوطء إلا العجز
(فصل) وقول مروان قدر أيت ساقها منكشفا يريد أنه قد رآه مكشوفاً فكشف عنه الثوب ولعله
قصد اللذة والاستمتاع بالنظر إلى ذلك منها فحرمت بذلك على ابنه ولم يقصد ذلك وأراد التناهي
في الورع والتوقف عما فيه بغض الشبهة عنده والله أعلم وأحكم

﴿ النهي عن نكاح إماء أهل الكتاب ﴾

ص ﴿ قال مالك لا يجعل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية لأن الله تعالى يقول في كتابه والمحصات من
المؤمنات والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فهن الحرائر من اليهوديات والنصرانيات
وقال الله تبارك وتعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصات المؤمنات فما ملكت
أيماكم من فتياتكم المؤمنات فهن الإماء المؤمنات قال مالك فأنما أحل الله فيما نرى نكاح الإماء
المؤمنات ولم يحلل نكاح إماء أهل الكتاب اليهودية والنصرانية ﴿ ش وهذا كما قال أنه لا يجعل
نكاح أمة يهودية ولا نصرانية وبهذا قال الشافعي وعامة الفقهاء غير أبي حنيفة فإنه قال يجوز ذلك
والدليل على ما نقلوه ما استدلل به مالك رحمه الله من قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن
وهذا عام فيعمل على عمومه والدليل على أن اسم المشركات يتناول اليهودية والنصرانية من جهة
اللغة أن معنى الشرك الاشرار بين شيئين ومن جعل عيسى بن مريم ابناً لله فقد أشركه معه وبذلك
تعلق عبد الله بن عمر بعموم هذه الآية في المنع من نكاح الحرائر الكتابيات وقال رضى الله عنه
لا أعلم شركاً أعظم ممن جعل لله صاحبة وولداً وأما من جهة الشرع فقوله تعالى وقالت اليهود
عزيراً بن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأفواههم إلى قوله وما أمرنا إلا ليعبدوا الها
واحداً لا اله الا هو سبحانه عما يشركون ومن جهة المعنى أن هذه امرأة أجمعة فيها نقصان مؤثران
في منع النكاح فلم يجز لمسلم أن يتزوجها كالحرة المجوسية اجمعة فيها نقص الكفر ونقص عدم
الكتاب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يجوز هذا الحرو ولا لعبد فلو أراد رجل أن يزوج عبده المسلم
من أمة نصرانية فقد روى ابن حبيب وابن المواز لا يجعل ذلك ووجه ذلك أن هذا نقص من جهة
الدين يمنع نكاح الحرة نكاح المجوسية (مسئلة) ومن كان تحت من النصارى أمة نصرانية
فأسلم فقد روى محمد بن القاسم يفارقها وعن أشهب لا يفارقها وجه قول ابن القاسم أنه معنى
ينافي ابتداء النكاح فوجب أن ينافي استدامته كالأخوة والأموثة وقال الشيخ أبو محمد في قول أشهب
لعله يريد أن أعتقت أو أسلمت لأنه ذكر محمد بن أشهب بعد هذا مثل قول ابن القاسم والله أعلم .
(فصل) وقوله فان الله تعالى يقول في كتابه والمحصات من المؤمنات والمحصات من الذين أوتوا
الكتاب من قبلكم فهن الحرائر من اليهوديات والنصرانيات يريد أن الإباحة انما تعلقت بالحرائر
خاصة دون الإماء لأن التحريم عام في كل مشركة بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن ثم
خص هذا الحكم بقوله تعالى والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فهن الحرائر فأباح
تعالى نكاح حرائرهن وعلى ذلك جماعة الفقهاء وقالوا الآية مخصوصة بعموم الآية المانعة وقد تزوج
جماعة من الصحابة أهل الكتاب منهم عثمان بن عفان وطلحة بن عبد الله رضى الله عنهما ولا نعلم أحداً
منعه غير عبد الله بن عمر رضى الله عنه وتعلق فيه بعموم الآية على ما تقدم ذكره (مسئلة) اذا ثبت
ذلك فقد كرهه مالك بن غير تحرير مرواه عنه جماعة من أصحابه واحتج لذلك بأن لا يرى أن يضع

﴿ النهي عن نكاح إماء
أهل الكتاب ﴾
﴿ قال مالك لا يجعل نكاح
أمة يهودية ولا نصرانية
لأن الله تبارك وتعالى
يقول في كتابه والمحصات
من المؤمنات والمحصات
من الذين أوتوا الكتاب
من قبلكم فهن
الحرائر من اليهوديات
والنصرانيات وقال الله
تبارك وتعالى ومن لم
يستطع منكم طولا أن
ينكح المحصات المؤمنات
فما ملكت أيماكم من
فتياتكم المؤمنات فهن
الإماء المؤمنات قال مالك
فأنما أحل الله فيما نرى
نكاح الإماء المؤمنات
ولم يحلل نكاح إماء أهل
الكتاب اليهودية
والنصرانية

ولده عند من يشرب الخمر ويأكل الخنزير ويقذره وانما غداء الذين يمتثلون كل المرأة وتغلب على الصبي فتضربه على ما لا يجوز ويضاجعها الرجل ولا تغتسل فترك ذلك أفضل من غير تحرير (فصل) وقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات قال مالك فهن الاماء المؤمنات قال مالك فاما أحل الله فيما يرى نكاح الاماء المؤمنات يريدانه قد أباح نكاح الاماء بالايمان فقال تعالى من فتياتكم المؤمنات فقصر هذا الحكم عليهن دون غيرهن ويحتمل أيضا أن يقال ان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن عام في الاماء وغيرهن فأخرج بالتخصيص بعد ما تقدم من اباحة المحصنات من الذين أتوا الكتاب الفتيات المؤمنات خاصة فبقى تحرير الآية العامة في الاماء اللاتي لسن بمؤمنات بمنع نكاحهن كما بقي نكاح الحرائر المجوسيات والوثنيات على التحريم لانه لم يبع منهن بالتخصيص الا المحصنات من الذين أتوا الكتاب دون المحصنات من غيرهن ص ﴿ قال مالك والامة اليهودية والنصرانية تحل لسيدها بملك اليمين قال مالك ولا يحل وطء أمة مجوسية بملك اليمين ﴾ ش وهذا كما قال ان الامة الكتانية تحل بملك اليمين وذلك أن ابنه منها حر فلا يؤدي الى أن يسترق ابنه كافر وان تزوجها أدى الى أن يسترق ولده منها كافر فلذلك جاز وطؤها بملك اليمين ولم يجز بالنكاح وأما المجوسية فلا يحل وطؤها بملك اليمين ولا عقد نكاح وعليه إجماع الفقهاء ما دامت على مجوسيتها وان انتقلت الى الاسلام جاز نكاحها ووطؤها بملك اليمين ويجوز ذلك فيها بمجرد اسلامها قبل أن تصلي قاله ابن حبيب واحتج على ذلك بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والايمان يكون بانظهار الشهادة والاعتقاد وان لم يكن وقت عمل ولا صلاة والله أعلم وأحكم

﴿ ما جاء في الاحصان ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال المحصنات من النساء هن أولات الأزواج ويرجع ذلك الى أن الله حرم الزنا ﴾ ش قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان المحصنات من النساء هن أولات الأزواج فقد قال به جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدري وقال به جماعة من التابعين وروى عن عطاء وطاوس أن المراد به جماعة النساء الامن أحل له بالتزويج قال القاضي أبو اسحاق فتأول قوم ممن ذكرنا قولهم ان المحصنات جماعة النساء الامن أحل له بالتزويج قال وانما قالوا بذلك جلة ولم يبلغوا به استقصاء التفسير وكذلك قالوا في تفسيرها انما حرم الزنى فلم يبينوا أيضا مذهمم وانما جاء حقيقة التفسير من معناه على قولين أحدهما من قال ان ذلك مما ملكت يمين الرجل من المسلمات فان له اذا اشتراها ولها زوج أن يغشاها والقول الآخر ما جاء به الرواية في سبي أو طاس فان الآية انما نزلت في النساء اللاتي هن أزواج في بلد الشرك فاذا سبين انقطعت العصمة بينهما وبين أزواجهن وهذا هو الوجه الذي عليه عمل الناس فان نكاح العبد الامة باذن سيدها ونكاح الحر لها باذن سيدها اذا لم يجد طولا وخاف العنت بانتهاب إجماع المسلمين فليس يجوز نقضه الابحجة ولا نعلم للذين قالوا خلاف هذا القول حجة يريد القاضي أبو اسحاق الرد على من قال يبيع الامة طلاقها وهو قول سعيد بن المسيب ويريد انهم لم يتموا التفسير الذي أشاروا اليه وما قاله سعيد بن المسيب معناه عنده انه حرم ذوات الأزواج الا ما ملكت اليمين باتباع جارية لها زوج فانها تحل له لان بيع الامة يفسخ نكاح زوجها

قال مالك والامة اليهودية والنصرانية تحل لسيدها بملك اليمين ولا يحل وطء أمة مجوسية بملك اليمين ﴿ ما جاء في الاحصان ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أنه قال المحصنات من النساء هن أولات الأزواج ويرجع ذلك الى أن الله حرم الزنا

ويزيل عصمته عنها فأنكر ذلك القاضي أبو اسحاق وذهب الى ان معناه الامن سبي جارية لها زوج ببلد الحرب فانها تحل له بملك اليمين لان السبي يفسخ النكاح فاختر لذلك ان المحصنات هن ذوات الأزواج وبه قال عمر بن الخطاب وعثمان وعليّ وعبد الرحمن بن عوف وسعد وسعيد بن المسيب وغيرهم واختار انه يباح منهن بملك اليمين المسييات ولم ينقل مالك من قول سعيد بن المسيب أن يبيع الأمة طلاقها لم ير ذلك وأن الصواب قول من قال ان يبيع الأمة لا يؤثر في نكاحها فرقة وبه قال أبو حنيفة والشافعي ويدل عليه ما روى في حديث بريرة أن عائشة رضي الله عنها اشترتها وأعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان يبيعها يفسخ نكاحها لما خيرها

(فصل) وأما قول عطاء وطاوس ان المحصنات هن جماعة النساء وقولهما ان معنى قوله تعالى الا ما ملكت أيمانكم الا ما أحل لكم من التزويج وقول القاضي أبي اسحاق انهما لم يبلغا نهاية التفسير يحتمل أن يريد انهما قصر في النظر ولم يستوعبا استيعابا يصلان به الى الصواب وخالفهما في موضعين في قولهما ان المحصنات هن جماعة النساء وفي قولهما ان ما ملكت أيمانهم الزوجات وما ذهب اليه صواب عندى لان لفظ المحصنات لا يقع على النساء وانما يقع على نوع ملك أو أنواع وسند كره بعد هذا ان شاء الله تعالى والذي يدل على أن المحصنات لا يقع على جماعة النساء في قوله تعالى والمحصنات من النساء ومن التبويض وهذا يقتضى ان المحصنات بعض النساء ولا تحمل من على انها زائدة لان سيويه قال لا تكون زائدة الا في النفي في قولهم ما جاءني من أحد وان سلمنا كونها زائدة فان الظاهر انها للتبويض أو للجنس وهو يعود الى معنى التبويض فلا يعدل الى انها زائدة لا بدليل ومما يدل على أن المحصنات لا يراد به جماعة النساء قوله تعالى الا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين واذا كان المحصنات جماعة النساء لم يبق وراءهن من مباح فثبت أن المحصنات نوع من النساء فعلق التحريم بهن وأحل غيرهن ويدل على ذلك أيضا انه تعالى حرم في أول الآية الأمهات والبنات والأخوات وسائر أنواع ذوات المحارم ومما يحرم بالمصاهرة وهن من النساء فالظاهر انه ذكر بعد ذلك نوعا من النساء لم يتقدم ذكره وعطفه على ما تقدم ولو سلمنا ان المحصنات جماعة النساء وثبت هذا بلغة أو شرع لم يكن في ذلك مخالفة لمذهب مالك لانه يكون معناه والنساء محرمات على الرجال الا ما ملكت أيمانهم بالنكاح وملك الرقبة وهذا وجه صحيح وقدرى عن عطاء وطاوس زوجتك مما ملكت يمينك وقد قال عبيدة السلماني ان المحصنات المذكورات في الآية هن ما زاد على الأزواج وأباح الأربع بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم واستثنى من الزائد على الأربع ما ملكت يمينه

(فصل) وقول سعيد بن المسيب ورجع ذلك الى أن الله حرم الزنى وروى ابن مزين عن عيسى ابن دينار أن معناه لا يكون احصان بزنى ولا يكون الابتنكاح وهذا فيه نظر لانه ليس في الآية ذكر للزنى ولا سيما على تأويل سعيد بن المسيب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندى أن يكون معناه ان المحصنات اذا كن ذوات أزواج ولا يمكن أن ينعقد عليهن عقد نكاح فاما يتوجه التحريم الى الوطء دون العقد وذلك زنى الا بملك اليمين الذى استثناه وما قلنا أولا من اختيار القاضي أبي اسحاق أظهر ما قلناه فيه والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب وبلغه عن القاسم بن محمد انهما كانا يقولان اذا نكح الحر الأمة ففسها فقد أحصنته * قال مالك وكل من أدركت كان يقول ذلك تحصن الأمة الحر اذا نكحها ففسها * ش قال ابن شهاب والقاسم بن محمد اذا تزوج الحر

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب وبلغه عن القاسم بن محمد انهما كانا يقولان اذا نكح الحر الأمة ففسها فقد أحصنته قال مالك وكل من أدركت كان يقول ذلك تحصن الأمة الحر اذا نكحها ففسها

الأمة فسها فقد أحصته يريد الاحسان الذي يجب به على المحسن اذا زنى الرجم والاحسان على
أوجه الاحسان بمعنى الحرية في قوله تعالى والمحسنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم * قال
مالك فهن الخرائر والثاني المحسنات ذوات الأزواج من قوله تعالى والمحسنات من النساء يريد
ذوات الأزواج والثالث الاحسان بمعنى العفاف قال حسان بن ثابت رضى الله عنه في عائشة
رضي الله عنها

حسان رزان ما تزن بريبة * وتصبح غرثي من لحوم الغوافل

قال ابن عرفة في كلام العرب في المنع للمرأة تكون محصنة بالاسلام لأن الاسلام يمنعها مما حرم عليها
وتكون محصنة بالعفاف في الحرية ومحصنة بالتزويج وأما الاحسان الذي ذكرناه فهو الذي يستحق
من حصل له بالزنى الرجم فالصفات المتقدمة من صفات هذا الوجه الآخر لأنها لا تحسن الا حرة أصيبت
بنكاح وقد تقدم وجه آخر وهو أن تكون المحسنات بمعنى النساء وانما قصد القاسم بن محمد بالاحسان
الوجه الآخر وفيه أربعة أبواب الاول في صفات المحسن والثاني في وصف ما يكمل به الاحسان
من العقود والثالث في ذكر ما يحصل به الاحسان من الجماع والرابع ما يثبت به حكم الاحسان
(الباب الاول في صفات المحسن)

هي أن يكون بالغاً حراً مسلماً يصح منه الجماع وقد اختلف في اعتبار العقل فأما الصغير فانه يكون
محسناً بجماعه ويحصن الكبيرة ولا يحصن الصغيرة قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أن الفعل مضاف
الى فاعله وهو الرجل فيجب أن يعتبر بحاله فاذا كان كبيراً فهو جماع واذا كان صغيراً فليس بجماع
فاذا كان المجمع كبيراً والمجمعة صغيرة فله حكم الجماع التام فيجب أن يؤثر في حق من كملت له
صفات الاحسان دون غيره ولا يؤثر في حق من عدم فيها شرط من شروط الاحسان كالصبيبة التي
عدم فيها البلوغ (مسألة) وأما الحرية فهي من صفات الاحسان فاذا وجدت هذه الصفة في
الرجل والمرأة ووجد منهما الجماع فلهما محصنان ومن عدت فيه هذه الصفة منهما لم يثبت له بالجماع حكم
الاحسان ويثبت للآخر اذا وجدت فيه (مسألة) وأما الاسلام فان كانا مسلمين فلهما بالجماع
محصنان وكذلك ان كان الرجل مسلماً فهو المحسن دونها لوجود شرط من شروط الاحسان فيه
وعدمه فيها ولا يتصور أن تكون هي المسلمة دونه لأن النكاح بينهما على هذا الوجه لا يصح
(فرع) واذا ثبت للرجل أو المرأة حكم الاحسان ثم ارتد عن الاسلام فانه يسقط عنه حكم الاحسان
فان رجع الى الاسلام لم يكن محسناً بالاحسان مستأنف هذا المشهور من قول مالك وابن القاسم
وقال سحنون في المدونة يؤثر هذا القول وقد قال غيره من الرواة ان ردة لا تسقط حصانته ولا ايمانه
ووجه القول الاول قوله تعالى لئن أشركت ليحبطن عملك وهذا قد أشرك فوجب أن يحبط كل عمل
كان عمله وقد قال مالك انه اذا ارتد ثم راجع الاسلام فان فريضة الحج تعود عليه نسأل الله تعالى
أن يعيدنا برحمته ووجه القول الثاني أن هذا حكم من أحكام الزوجية فلم يسقط بالردة كالطلاق
ولأنه لو طلق زوجته ثم ارتد لم يبطل طلاقه وتعود برده زوجته (مسألة) وأما كونه ممن يصح منه
الجماع فهو التسليم الذي ليس به آفة تمنعه الجماع مثل أن تكون المرأة رتقاء لا يمكن وطؤها أو يكون
الرجل مجبوب الذكر ولا يمكن وطؤه فان بقي منه ما يمكن وطؤه به فانه يقع به الاحسان وان كان
خصياً رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه ورواه ابن المواز عن ابن القاسم ووجه ذلك أن الجماع
يتأتى منه وقد وجدت فيه سائر شروط الاحسان فوجب أن يكون محسناً (مسألة) وأما الجنون فقد

اختلف في ذلك أصحاب مالك فروى ابن المواز عن ابن القاسم ان لم يطاء الاوهى مجنونة وهو مفيق
فهو المحصن دونها وان كان مجنونا وهى مفيقة فهى المحصنة دونه وقال أشهب الاعتبار في ذلك بحال
الزوج فان كان مفيقا دونها فمحصنان وان كان مجنونا دونها فلا يحصن بذلك أحدهما وقال ابن
الماجشون سواء كانا مجنونين أو أحدهما فانهما محصنان وجه قول ابن القاسم أن المعنى اذا كان يؤثر
في الاحصان وجب أن لا يتعدى تأثيره من وجد فيه كالحرية والاسلام ووجه قول أشهب بان الجنون
لا ينقص من الحرية وما لا ينقص من الحرية فانه يعتبر فيه بحال الرجل لأنه الفاعل للوطء كوطء
الصغير وهذا خالف الرق والكفر فان لكل واحد منهما تأثيرا في نقص الحرية فلذلك لم يعتبر فيه
بصفة الفاعل خاصة بل كان لكل واحد من الزوجين حكم نفسه ووجه قول عبد الملك ان هذا ووطء
صحيح قد وجد من بالغ مسلم فوجب أن يحصن كوطء الحر المسلم وليس عندنا للجنون تأثير
في منع الاحصان

(الباب الثاني في وصف ما يكمل به الاحصان من العقود)

وهو العقد الصحيح اللزيم الذي لا خيار فيه فأما العقد الفاسد فلا يكون به الاحصان وقد قال ابن
حبيب كل نكاح كان حراما أو فاسدا يفسخ لفساده قبل الدخول أو بعده فلا يحصن الوطء فيه ووجه
ذلك أن الاحصان لما كان متعلقا بالكمال وتتمام الحرمة لم يؤثر فيه العقد الفاسد لأنه مضاد للكمال
ومناف له فلا تحصل به صفات الكمال (فرع) فان كان العقد مما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده
ووطئ بعد تمام العقل وفي الوقت الذي يحكم بصحته واثباته فانه يقع به الاحصان وأما ان وطئ قبله
وهو الذي يفوت به النكاح فلم أر فيه نصا وعندى أنه يحتمل الوجهين فان قلنا انه ووطء ممنوع فانه
لا يقع به الاحصان لأن أوله ممنوع وباقيه كان يجب أن يكون بعد الاستبراء فيجب أن لا يقع به الاحصان
ولا أحلال وان قلنا انه مباح لزمننا ان نقول انه يقع به الاحصان لأن تناوله حال الإيلاج وبه يلزم النكاح
وما بعده يقع به الاحصان

(الباب الثالث في ذكر ما يقع به الاحصان من الجماع في الفرج على وجه الاباحة)

فاذا غابت الحشفة أو غاب من ذكر مقطوع الحشفة بقدر ذلك على هذا الوجه فقد وجب الاحصان
في حق من اجتمعت له صفات الاحصان أنزل أو لم ينزل ووجه ذلك أنه حكم يتعلق بالجماع فلا اعتبار
فيه لانزال كالحدود وجوب المهر (مسئلة) وهذا في الذكور المنتشر فان لم يكن منتشرا فقد روى ابن
حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم في التي تزوجت شيخا كبيرا فأدخلت بأصبعها ذكره في فرجها
ان انتشر بعد ذلك أحلها للمطلق ثلاثا وان بقى على ذلك لم يحلها قال محمد عن ابن القاسم فان وطئها
فوق الفرج فدخل ماؤه في فرجها فأنزلت هي لم يحصنها ذلك ولم يحلها والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا
كان الوطء مباحا عاريا من الكراهية وأما اذا تعلقت به كراهية أو تحريم كوطء الصائم أو المحرم أو
المعتكف فانه لا يقع به الاحصان هذا الذي رواه ابن القاسم عن مالك وبه يأخذ مطرف زاذ محمد بن
عبد الملك وكذلك الحائض والمظاهر منها وروى عن مالك يحصن ولا يحل للمطلق ثلاثا وبه قال المغيرة
وابن دينار وانفرد ابن الماجشون بقوله يحل ويحصن وبه يأخذ ابن حبيب ووجه نفى الاحصان
ما قدمناه من انه معنى يؤثر في الاحصان فوجب أن يقع على وجه الصحة كعقد النكاح ووجه اثبات
الاحصان ان هذا الوطء لا يؤثر في النكاح لأنه ووطء مباح وانما وقع على صفة محظورة وذلك لا يمنع
وقوع الاحصان به (فرع) اذا قلنا ان الصائم يمنع الاحصان فالذي روى محمدان الصائمة تمنع

الاحصان ولم يفصل قال وهكذا كل ما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن موافقة الجماع فيه وقال ابن حبيب ما كان من صيام نذر معين أو صيام رمضان أو كفارة قتل أوظهار أو عمن أو فدية أذى أو كل صوم في كتاب الله تعالى واجب فهذا الذي اختلف فيه أصحابنا على ما تقدم وأما صيام التطوع أو قضاء رمضان أو نذر غير معين فجمع عليه من قول مالك وأصحابه أن الوطء في ذلك يحل ويحصن وهذا مخالف لما في المدونة والموازية

﴿ الباب الرابع فيما ثبت به حكم الاحصان ﴾

حكم الاحصان أن يبنى بها ويتفقا على الاقرار بالوطء فإن أقر به أحدهما وأنكره الآخر فإنه لا يقع به الاحصان للقرول لا للنكر رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة والموازية وزاد سحنون في المدونة قال بعض الزواة يقول لها إن تسقط ما أقررت به من الاحصان قبل أن يوجد في زنا وبعده وجه القول الأول أن الاحصان حكم يلزمها بالوطء فلا يثبت الا باتفاهما عليه به وجه القول الثاني ما أحجم القائل به من أن الزوجة إذا كانت هي المقررة أن تقول أردت بالقرار أخذ المهر والزواج أن يقول أردت أن أثبت عليها الرجعة وأوجب عليها العدة والحدود تؤثر في اسقاطها الشبهة ولما كان يجوز اسقاط الحد جله بالرجوع عن الاقرار فكذلك يجوز اسقاط صفة من صفاته بالانكار بعد الاقرار والرجوع الى شبهة (مسئلة) فإن طالت مدة مقامها عند الزوج العشرين سنة ونحوها ثم وجدت زنى فأنكرت وطء الزوج وأقر به الزوج فقد قال ابن القاسم في المدونة هي محصنة قال سحنون وكذلك غيره من الزواة لا نهاتريد أن تدفع بانكارها حقاً وجب لم يتقدم لها فيه دعوى وفي كتاب الرجم من المدونة أن طال مقامها معه ثم زنا فقال لم أجامعها أنه لم يعلم وطؤه أياها بوطء ظاهر أو اقرار فلا حد عليه عند مالك ويخلف فإن علم منه اقرار بالوطء رجم قال يحيى بن عمر وهذه خير من التي في كتاب النكاح وفي الموازية عن عبد الملك أن حدها الرجم إذا أنكرت الوطء بعد الزنا ولو لم يثبت عندها الا ليلة واحدة قال محمد وهو قول ابن القاسم (فرع) وهذا إذا كان بعد الزنا وأما إذا طالت المدة واختلفا في الوطء قبل الزنا فإنها لا تكون محصنة وإن كان قد أقام معها الدهر الطويل والسنين الكثيرة فارقها في ذلك أو لم يفارقها رواه محمد عن عبد الملك قال لأن طول المقام لا يمنعها انكار الوطء كما لو ادعت عليه العنت لكان لها ذلك بعد طول المدة فكذلك في مسئلتنا مثله ص قال مالك يحصن العبد الحرة إذا أمسها بنكاح ولا تحصن الحرة العبد إلا أن يعتق وهو زوجها فميسها بعد عتقه فإن فارقها قبل أن يعتق فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه ويمس امرأته ﴿ ش وهذا كما قال ابن العبد يحصن زوجته الحرة وبه قال جمهور الفقهاء وقال عطاء لا يحصنها والدليل على ما ذهب اليه الجمهور أن هذه موطوءة بنكاح عرا عن الفساد والخيار وقد وجدت فيها صفات الاحصان فوجب أن تكون محصنة كما لو كان زوجها حراً (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن العبد أنما يحصن زوجته الحرة بنكاح أذن فيه السيد فإن أمسها بنكاح لم يأذن فيه سيده ففرق بينهما فلا خلاف على المذهب نعلم أنه لا يقع به الاحصان وإن أجاز السيد النكاح بعد أن وطئها فالشهور من المذهب أنه لا يحصنها ما تقدم من وطئها وكذلك كل وطء فيه خيار لا حد فيه كوطء المجبوب والمجنون والمجنون قبل أن تعلم الزوجة هاهنا فإنه لا يقع بشئ من ذلك الاحصان (مسئلة) فإن وطئ بعد الإجازة فلا خلاف نعلمه في المذهب أن الاحصان يحصل للزوجة الحرة لأنه وطء كامل لا خيار فيه لا حصداف من كملت له صفات الاحصان فوجب أن يحصن

قال مالك يحصن العبد الحرة إذا أمسها بنكاح ولا تحصن الحرة العبد إلا أن يعتق وهو زوجها فميسها بعد عتقه فإن فارقها قبل أن يعتق فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه ويمس امرأته

(فصل) وقوله فان عتق العبد فوطئها بعد عتقه فقد أحصنته لان صفات الاحسان قد تجمعت فيه ولو فارقها قبل أن يعتق ثم أعترق فانه لا يكون محصنا بما تقدم من وطئها قبل الفراق والعتق وانما يكون احصانه بعد هذا بان يتزوج بعد العتق ثم يصيب امرأته والله أعلم ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى ينكحها بعد عتقها ويصيبها زوجها فذلك احصانها ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت تحت الحر فانه لا يحصنها نكاحه ووطؤه اياها في حال رفقها ولا يثبت لها حكم الاحسان بما تقدم من اصابته اياها حتى يعتق ثم يصيبها زوجها بعد العتق وانما قال مالك حتى تنكح بعد عتقها ويصيبها زوجها فبين لازم وجها فاما أن يكون عقد نكاحها بعد عتقها شرطاً في احصانها فلا بل اذا كان لها زوجها قبل العتق بذلك النكاح بعد العتق فانه يحصنها اذا كان حراً ولو كان عبداً وأصابها قبل أن تعلم بعتقها لم يحصنها ذلك لان الخيار لها في المقام معه والمفارقة له ثابت وقد تقدم ان كل وطء يبقى خياراً فانه لا يقع به الاحسان ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة قبل أن يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عنده اذا هو أصابها بعد أن تعتق ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة فانه يحصنها اذا هو أصابها بعد العتق عالمة كانت بالعتق أو جاهلة لان عتقها لا يوجب لها خياراً فحتى أصابها بعد العتق فقد صادف وطئها نكاحاً محصياً لازماً فاذا وقع الوطء على وجه الصحة أوجب الاحسان لاجتماع صفات الاحسان فيها والله أعلم ص ﴿ قال مالك والحرمة النصرانية واليهودية والأمة المسلمة يحصن الحر المسلم اذا نكح احدها من فأسابها ﴾ ش وهذا كما قال ان الصفات المانعة من الاحسان انما تؤثر اذا كانت صفات نقص حرمة في منع احسان من وجدت فيه واذا كانت صفات تمام حرمة فانها تؤثر في اثبات الاحسان فيمن وجدت فيه ولم تتعد الى غيره ولما كان الكفر والرق من صفات النقص أثرت في منع الاحسان فيمن وجدت فيه ولم يتعد المنع الى غيره والحر المسلم البالغ تحصنه الأمة المسلمة والحرمة والكتابية ولا يتعدى نقصهن اليه فيمنعه الاحسان كما لا يتعدى تمام حرمة التي يثبت له بها حكم الاحسان بنكاحه احدها من فأسابها

﴿ نكاح المتعة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن أبيهما عن علي بن أبي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الجمر الانسية ﴾ ش قوله رضي الله عنه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء يوم خيبر يريدانه نهى ذلك اليوم عنها ونسخ ما تقدم من اباحتها والمتعة المذكورة هي النكاح المؤقت مثل أن يتزوج الرجل المرأة الاسنة أو شهراً أو أكثر من ذلك أو أقل فاذا انقضت المدة فقد بطل حكم النكاح وكل أمره قاله ابن المواز وابن حبيب زاد ابن حبيب أو مثل أن يقول المسافر يدخل البلد أتزوجك ما أقت حتى أقفل وقد كانت هذه المتعة في أول الاسلام مباحة وكان عبد الله بن عباس علم الاباحة ولم يعلم التحريم حتى أنكر عليه علي بن أبي طالب رضي الله عنه اباحة ذلك وأعلمه بما ورد في ذلك من التحريم وقدرى محمد بن الحنفية ان علياً بلغه ان رجلاً لا يرى بالمتعة بأساً فقال انك رجل تائه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وعن لحوم الجمر الاهلية يوم خيبر وقدرى ابن حبيب أن ابن عباس وعطاء كانا يجيزان المتعة ثم رجعا عن ذلك ولعل عبد الله بن عباس انما رجع

﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى تنكح بعد عتقها ويصيبها زوجها فذلك احصانها والامة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة قبل أن يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عنده اذا هو أصابها بعد أن تعتق ﴾

﴿ نكاح المتعة ﴾

﴿ حديثي يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي بن أبي طالب عن أبيهما عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الجمر الانسية

لقول على له والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه ان وقع يفسخ زاد الشيخ أبو القاسم قبل البناء
وبعده ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ومن جهة
المعنى انه عقد نكاح فسد بعقده فوجب أن يفسخ قبل البناء وبعده كالنكاح بغير ولي (مسئلة)
فان تزوج رجل امرأة على أن يأتها نهارا ولا يأتها ليلا فقد روى محمد بن القاسم أن ذلك مكروه ولا
أحرمه فان وقع فقد روى محمد بن أبي القاسم يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وقال الشيخ أبو القاسم
يفسخ قبل البناء وبعده وجه المنع في ذلك أن فيه شيئا من المتعة وذلك انه قد دخل مدة النكاح
التعدي وذلك يؤثر في فساده ووجه ثان وهو انه قد شرط في النكاح ضد مقتضاه لان مقتضاه تأبد
المواصلة واستكمال ملكه على منفعة البضع فلا يجوز أن يشترط ما يمنع ذلك ولذلك لم يكن للمرأة
زوجان وانما قلنا يفسخ قبل البناء وبعده لان الفساد في العقد (مسئلة) ويجب لها بالبناء عند
ابن القاسم مهر المثل وعند محمد بن المواز المسمى وبه قال الشيخ أبو القاسم وهو الصواب لان الفساد
في العقد دون المهر (مسئلة) ومن تزوج امرأة لا يريد أمسا كها الا انه يريد أن يستمتع بها مدة
ثم يفارقها فقد روى محمد بن مالك ذلك جائز وليس من الجليل ولا من أخلاق الناس ومعنى ذلك ما قاله
ابن حبيب ان النكاح وقع على وجهه ولم يشترط شيئا وانما نكاح المتعة ما شرطت فيه الفرقة بعد
انقضاء مدة قال مالك وقد يتزوج الرجل المرأة على غير أمساك فيسره أمرها فيمسكها وقد يتزوجها
يريد أمسا كها ثم يرى منها ضد الموافقة فيفارقها يريد ان هذا لا ينافي النكاح فان للرجل الامساك
أو المفارقة وانما ينافي النكاح التوقيت ص مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن خولة
بنت حكيم دخلت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت ان ربيعة بن أمية استمتع بامرأة مولدة
فحملت منه فخرج عمر بن الخطاب فرعا يجرد رداءه فقال هذه المتعة ولو كنت تقدمت فيها لرجت
ش قوله فخرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرعا يجرد رداءه يريد انه عظم هذا الامر واستشنع أن
يقع ما تقدم فيه للنبي صلى الله عليه وسلم من المنع والتحریم فاعجبه ذلك على أن يهتبل بأمر رداءه
(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذه المتعة يريد والله أعلم المتعة التي نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عنها ولو كنت تقدمت فيها لرجت يريد أعمت الناس اعلاما شائعا بما اعتقد في
ذلك وأخذ به من التحريم حتى لا يخفى ذلك على من فعله فيكون المتمتع مقتضا للتحريم فأشار بهذا
الى انه من جهل التحريم وكان الامر المحرم مما لا يمكن أن يخفى مثله ولا يعلم علمه وقد تقدمت فيه اباحة
فانه يدرك فيه الحدوي محتمل أن يكون قد علم بعض الخلاف من أحد من الصعابة فأراد بقوله لو تقدمت
فيه بينة ما عندي فيه من النص الذي لا يحتمل التأويل فيزول الخلاف لرجت لتقدم الاجماع
وانعقاده فيه

(فصل) وقوله رضي الله عنه لو كنت تقدمت فيه لرجت روى ابن مزين عن عيسى بن دينار وعن
يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه يرمي من فعل ذلك اليوم ان كان محصنا ويحصد من لم يحصن وقال ابن
حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبع عن ابن القاسم لا رجم فيه وان دخل على معرفته منه
بمكروه ذلك ولكن يعاقب عقوبة موجعة لا يبلغ بها الحد وروى عن مالك انه قال يدرك فيه الحد
ويعاقب ان كان عالما بمكروه ذلك وجه قول عيسى بن دينار ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال
ذلك للناس وخطبهم به وخطبه تنتشر وقضاياه تنتقل ولم ينكر ذلك عليه أحد ولا حفظ له مخالف
وجه القول الثاني ما احتج به أصبع من رواية ابن مزين عنه ان كل نكاح حرمة السنة ولم يحرمه

* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن عروة بن
الزبير أن خولة بنت حكيم
دخلت على عمر بن الخطاب
فقالت ان ربيعة بن أمية
استمتع بامرأة فحملت
منه فخرج عمر بن الخطاب
فرعا يجرد رداءه فقال
هذه المتعة ولو كنت
تقدمت فيها لرجت

القرآن فلا حد على من أتاه عالماعدا وانما فيه النكال وكل نكاح حرمه القرآن أتاه رجل عالماعدا فعليه الحد قال وهذا الأصل الذي عليه ابن القاسم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان ما حرمته السنة ووقع الاجماع والانكار على تحريمه يثبت فيه الحد كما ثبت فيما حرمه القرآن قال والذي عندي في ذلك ان الخلاف اذا انقطع ووقع الاجماع على أحد أقواله بعدموت قائله وقبل رجوعه عنه فان الناس مختلفون فيه فذهب القاضي أبو بكر الى أنه لا ينعقد الاجماع بموت المخالف فعلى هذا حكم الخلاف باق في حكم قضية المتعة وبذلك لا يحد فاعله وقال جماعة انه ينعقد الاجماع بموت احدي الطائفتين فعلى هذا قد وقع الاجماع على تحريم المتعة لانه لم يبق قائل به فعندي هذا يحد فاعله وهذا على قولنا انه لم يصح رجوع عبد الله بن عباس عنه ومما يدل على أنه لم ينعقد الاجماع على تحريمه انه يلحق به الولد ولو انعقد الاجماع بتحريمه وأتاه أحد عالماب التحريم لوجب أن لا يلحق به الولد والله أعلم ويحتمل أن يريد بذلك لو كنت أعلمت الناس برأيي في ذلك من تحريمه ووجوب الحد على من أتاه لأنت الحد فيه بالرجم وغيره لان الأحكام لا تجري عند الخلاف الا على ما رآه الامام الذي يحكم في ذلك لاسيما اذا كان عنده في ذلك من النص أو وجه التأويل ما يمنع قول المخالف وبالله التوفيق

* نكاح العبد *

ص * مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول ينكح العبد أربع نسوة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك * ش قوله ينكح العبد أربع نسوة يريد ان هذا العدد مباح له أن يجمع بينهن كالحرة ولا خلاف في جواز ذلك للحر وهل يجوز ذلك للعبد أم لا قال مالك بجوازه وروى أشهب عن مالك انه قال انا لنقول ذلك وما أدري ما هذا وروى محمد بن ابن وهب عن مالك انه قال لا يتزوج العبد الا اثنتين وبه قال الليث وأبو حنيفة والشافعي وابن حنبل وجه القول الأول قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ولم يفرق بين الحر والعبد فان قيل فان معنى قوله ما طاب لكم ما حل لكم فبينوا أولا ان المأثلة حلال للعبد حتى يثبت بتأويل الآية له فالجواب ان الخطاب عام في مواجهة الأحرار والعبيد فاذا قال لهم فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فقد بين لهم ان الذي يطيب ويحل هو مثنى وثلاث ورباع وجواب ثان وهو ان لفظة الطيب أبين في اللذة وما يشتهي الانسان لاسيما اذا أضيف ذلك الى المستطيب فقليل له افعل ما طاب لك فاذا أطلق ولم يضاف الى المكف جاز أن يراد به الاباحة على وجه المجاز ولو جاز حمله على الوجهين مع الاضافة لكان فيما قلنا أظهر فيجب حمله عليه فان الخطاب متوجه الى الأحرار دون العبيد لان نفقات زوجات العبيد على ساداتهم وهو تعالى يقول ذلك أدنى أن لا تعملوا معناه يكثر عيالكم ويشق الاتفاق عليكم كذلك فسرهم زيد بن أسلم فالجواب ان هذا القول اعتبر به زيد بن أسلم ولا يلزم ذلك بل لا يصح لانه لا يقال عال يعول اذا كثر عياله وانما يقال من ذلك أعال يعيل اذا كثر عياله وانما يقال عال يعول اذا مال وعالت الفريضة تعول اذا زاد حسابها والعول قوت العيال وهو ما يعالون به والعيلة والعيلة الحاجة يقال منه عال يعيل اذا افتقر والذي قال به جماعة أهل التفسير ان معنى قوله أن لا تعملوا أن لا تملوا كذلك روى عن ابن عباس وعكرمة ومجاهد والحسن والنخعي والشعبي وقتادة والليث بن سعد وغيرهم وأنشدوا بيت أبي طالب

بليزان قسط لا يخلص شغيرة * ووزان صدق وزنه غير عائل

* نكاح العبد *

* حدثني يحيى عن مالك أنه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول ينكح العبد أربع نسوة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

يعني غير مائل ومعنى ذلك انه اذا قل زوجاته اللاتي يخاف أن لا يعدل بينهن كان أبعد له من الميل والجور فيما بينهن بين ذلك قوله تعالى فان خفتهم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ويدل على صحة هذا التأويل انه عز وجل قال فواحدة أو ما ملكت أيمانكم قد كرر ما لا يحرم فيه الميل من السراري ولا يلزم بينهن العدل ولو أراد النهي عن كثرة العيال والانفاق لما قال ذلك لان كثرة العيال تحصل بالاماء كما تحصل بالأحرار والانفاق يلزم عليهن كما يلزم للزوجات وجواب ثان وهو اننا لانسلم ان العبد لا يلزمه النفقة على زوجاته بل ذلك له لازم فيما يتصدق به عليه أو يوصي له به وأما سيده فلا يلزمه شيء من نفقتهن ومن جهة المعنى ان ما طريقه الشهوة والملاذ يتساوى فيه حكم الحر والعبد كالأكل والشرب ووجه القول الثاني قوله تعالى هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء ومعنى ذلك انكار مساواة العبد بالأحرار فيما رزقوه ويلغى هذا الحكم ولو جاز لعبد أن يتزوج أربعا لكان قد ساوى الحر فيما رزقه والاستدلال بالآية ليس بالبين الآن الباري تعالى نفي أن يكون له شريك فيما خلقه وتلكه كما ليس له سيدنا شركة فيما رزقناه وزوجة العبد ليس مما رزقناه فيشار كنفها وأما الأحكام فان العبد يشترك في الأحكام كثيرة من جواز الوطء بالنكاح وملاك اليمين وتحريم الظلم لهم وإباحات المباحات من الملاذ والأطعمة والاشربة وغير ذلك وأما النكاح فقد أبيع للعبد منه ما لم يبيع للحر وهو نكاح الاماء من غير عدم طول ولا خوف عنت وجواب ثان وهو اننا لو سلمنا ان المراد بذلك نفي مساواة العبد للحر في النكاح فحملناه على أن العبد لا ينكح الا بأذن سيده والحر ينكح بغير إذن فثبت بذلك عدم المساواة وليس في الآية دليل على نفي المساواة في عدد الزوجات ولا لفظ عام يتعلق به ولذلك تساوى الامة الحرة في عدد الأزواج وقد تعلق في هذا القول من احتج بما عاين الصعابة فانه مروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم ولا يخالف لهم وهذا لم يشتهر من قولهم اشتها رايصح به دعوى الاجماع مع انه لا يخالف من الخلاف ووجه هذا القول من جهة المعنى انه معنى ذو عدد بني على التفضيل فوجب أن لا يساوى فيه العبد الحر كالطلاق والعدد والحدود ووصفه بأن بني على التفضيل غير مسلم (فرع) اذا قلنا يتزوج أربعا فانه يجوز أن يكون جميعهن حرائر وجميعهن اماء وبعضهن حرائر وسائرهن اماء رواه محمد عن أشهب عن مالك ووجه ذلك انه ذكر يجوز له نكاح أربع فجاز أن ينكح أربع حرائر كالحر ص * قال مالك والعبد يخالف للحلل ان أذن له سيده ثبت نكاحه وان لم يأذن له سيده فرق بينهما والحلل يفرق بينهما على كل حال اذا أريد بالنكاح التحليل * ش قوله والعبد يخالف للحلل يريدان نكاح العبد يثبت اذا أذن فيه السيد ونكاح المحلل لا يثبت بوجه ولا بد من فسغه اذا أريد به التحليل وذلك أن يقصد به تحليل المطلقة ثلاثا لمن طلقها وأما من تزوج لغير تحليل ثم طلق أو أقام فليس بمحلل والفرق بين نكاح العبد انه يجوز بإجازة السيد وبين نكاح المحلل فانه لا يجوز بإجازة مجازان نكاح العبد انما يرد لحق السيد فان أجازة السيد جاز ونكاح المحلل انما يرد لحق الله تعالى فليس لاحدا جازته وفي نكاح العبد ثلاثة أبواب * الأول في ملك السيد نكاح العبد * والثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسغه * والثالث في حكم المهر والنفقة في نكاحه

(الباب الأول في ملك السيد نكاح العبد)

السيد يملك نكاح العبد وله أن يجبره عليه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجبره

* قال مالك والعبد مخالف للحلل ان أذن له سيده ثبت نكاحه وان لم يأذن له سيده فرق بينهما والحلل يفرق بينهما على كل حال اذا أريد بالنكاح التحليل

على النكاح والدليل على صحة ما قلناه قوله تعالى وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم
واماكم فلنا من هذه الآية دليلان أحدهما أنه أمرهم بذلك ولو لم يملكوا النكاح لما أمرهم به
والثاني أنه قرن ذكرهم بذكر الاماء وقد أجمعنا على أن للسيد اجباراً أمته على النكاح فيجب أن
يكون العبد بمنزلة امته وهذا مذهب القاضي أبي محمد في استدلاله بالقراين ومن جهة المعنى أن من
يملك رقه يملك اجباره على النكاح كالامة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه انما يجوز له ذلك اذا انفرد
بملك جميعه ولم يرد بانكاحه ذلك الاضرار به فان كان له فيه شريك أو كان بعضه حرام يملك اجباره
على النكاح لانه لا يملك انتزاع ماله فلا يملك انكاحه كالحر (مسئلة) اذا تزوج العبد باذن سيده
أو زوجه سيده جبراً ملك ارتجاع زوجته ووجه ذلك انه لما أباح له البضع بالنكاح أو أذن له فيه فقد
ملك جميع أحكامه فليس له منعه من ذلك بعد العقد كما ليس له منعه من الوطء والرجعة من أحكام
النكاح فملكها العبد بذلك (مسئلة) لا يجبر السيد على نكاح عبده ولا انكاح أمته وبه قال أبو
حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه يجبر على نكاح عبده والدليل على ما نقوله انه محض ملك رقه
فاذا دعه الى انكاحه لم يلزمه ذلك كالامة (مسئلة) ولا يجبر السيد على انكاح مكاتبه رواه ابن
المواز عن مالك وكذلك المدبر والمعتق الى أجل والمعتق بعضه لان من كان محبوساً بالرق لم يكن له أن
يتزوج الا باذن سيده المالك لرقه كالعبد القن

(الباب الثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه)

أما في حكم عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه فانه لا يتخلو اذا تزوج العبد أن يتزوج باذن سيده
أو بغير اذن سيده فان تزوج باذنه فنكاحه صحيح وان باشر العبد العقد لانه من جنس من يصح عقده
النكاح وانما اعتبر في ذلك اذن السيد لتعلق حقه بمنافعه وماله وان تزوج بغير اذن سيده فان
للسيد فسخه وهل له أن يجيزه المشهور من المذهب ان له اجازته وحكى القاضي أبو الفرج ان
القياس يقتضي انه لا يجوز اجازة السيد قال وهو الصحيح عندي وجه القول الأول انه عقد باشره
من يصح عقده وانما فيه الخيار للسيد لتعلق حقه بمنافعه وماله والخيار اذا ثبت بالشرع دون الشرط
لم يمنع صحة النكاح بخيار الرد بالعنة والجدام والبرص والجنون ووجه القول الثاني ما احتج به من أنه
لو جاز ذلك لجاز انكاح الرجل ابنة الاجنبي البكر ان أجاز ذلك أبوها والقول الأول أصح لان نكاح
العبد انما هو موقوف على الفسخ كالرد بالعيب وانكاح الرجل ابنة الاجنبي موقوف على الاجازة
فلا يجوز كاشتراط الخيار (فرع) فاذا قلنا ان للسيد الفسخ أو الاجازة فان أراد الفسخ فانه يكون
طلاقا أو كملقة يملك السيد من ذلك روى محمد بن المواز عن مالك ان السيد يخبر بين أن يطلقها عليه
واحدة أو البتة وفي المدونة عن مالك قولان أحدهما اذا والثاني ليس له أن يطلقها الا طلقة واحدة
وتكون تلك الطلقة بائنة وجه القول الأول ما احتج به من ان من كان بيده ايقاء الطلاق بالشرع
فانه يملك ايقاء الواحدة والبتة كالزوج ووجه القول الثاني انه انما ثبت ذلك للسيد لما أدخل عليه
النكاح في عبده من العيب والطلقة الواحدة البائنة تفرغ له عبده وتزيل عنه عيبه فلا حاجة الى
أكثر من ذلك فلم يكن له ايقاعه (مسئلة) فان علم السيد بنكاح عبده فقال لا أجيز ثم أراد بعد ذلك
الاجازة فقد روى محمد عن مالك انه قال ان كان ذلك قريبا من مجلسه وكان كلاما كالمراجعة
والجواب فلا بأس بذلك وأما ان قال لا أجيز ثم قال بعد أيام أجرت فلا أراه جائزا ومعنى ذلك انه ان كان
أراد بقوله لا أجيز التفريق فان هذا لا تكون له الاجازة بعد الفسخ وان أراد به التوقف في الأمر

والتأمل وبين ذلك بأن قال سأشاور نفسي أو ما أشبهه فان لهذا أن يجيز أو يفسخ وان قام من مجلسه وأما ان قال لا أجيز ولم يبين المراد به فهذا له أن يجيز مادام في مقامه ويصدق السيد مادام في مجلسه فيما يزعم انه أراد بقوله لا أجيز وروى ابن المواز عن ابن القاسم انه قال يصدق في ذلك ما لم يتم فان قام من مجلسه لم تكن له الاجازة وهذا كله معنى قول محمد ووجه ذلك ان قيامه من مجلسه مع ما تقدم من قوله ولم يبين مراده نسبة ظاهرة في أن مراده التفريق (مسئلة) وان أراد السيد الفسخ بعد القيام من المجلس وقد بين في المجلس انه يريد استدامة الخيار فان له ذلك الا أن يستمتع العبد بزوج بعد علم السيد بنكاحه على وجه كان يقدر سيده على منعه من ذلك فلا يكون له الفسخ بعد ذلك لانه قد استمتع بها باذن سيده أو ما يقوم مقامه من التمكين وذلك أبين ما يكون من الاجازة ومثل ذلك أن يعلم السيد بنكاح عبده بغير اذنه ثم آه يدخل عليها فلم يمنع فان النكاح جائز والصداق على العبد ونحوه روى عيسى عن ابن القاسم

(الباب الثالث في حكم المهر والنفقة في نكاح العبد)

العبد لا يخلو أن ينكح باذن سيده أو بغير اذنه فان نكح باذنه فالمهر في ذمة العبد ليس على السيد منه شيء الا أن يلتزم ذلك ومعنى ذمة العبد ما يطرأ له بعد النكاح من مال بصدقة أو هبة أو نحو ذلك فيه يتعلق المهر والنفقة على الزوجة دون مكاسبه التي هي عوض حر كانه بمنعة أو خدمة وقال الشافعي المهر والنفقة في مكاسبه الذي هو عرض من حر كانه والدليل على ما نوقله ان اذن السيد لعبده في النكاح لما كان لا يخرج من ملكه شيء من رقبته فكذلك لا يخرج عنه حق من منافع (مسئلة) ان كان نكح باذن سيده فأمكن السيد قدر المهر فان كان مهر مثله لزمه ذلك وان كان أكثر من مهر مثله لم يجز ذلك على السيد الا أن يشاء فان علم بذلك السيد واعترض فيه قبل البناء فالزوجة مخيرة بين أن ترضى من ذلك بمهر المثل وبين أن تمتنع فيفسخ النكاح فان علم بذلك بعد البناء فاعترض فيه بعد لزوم النكاح وفواته كان له أن يسترد ما زاد على مهر المثل ووجه ذلك أن اطلاق الاذن إنما يقتضي المعتاد فلا يلزمه ما زاد على ذلك (مسئلة) وان كان نكح بغير اذن سيده فأجاز السيد فلها جميع المهر لان اجازته لنكاح اجازة للمهر قاله ابن حبيب ومحمد وان فسخ النكاح قبل البناء فلا شيء لها من المهر وان فسخه بعد البناء استرده السيد الا قدر ما يستحل به وهو ربع دينار لان المال مال السيد ووجه ذلك ان مال العبد قد تعلق به حق السيد ولذلك يجوز له انتزاعه منه فليس للعبد التصرف فيه الا باذنه وأما ما رتبع من المهر فقد قال ابن حبيب انه في ذمة العبد والله أعلم (مسئلة) وأما نفقة الزوجة فلا يكون على السيد شيء منها سواء نكح باذنه أو بغير اذنه فان كانت حرة فالنفقة على العبد على كل حال وقد روى ابن المواز عن مالك أحب الى أن نكح العبد أن تشتترط عليه النفقة باذن السيد ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق السيد بمال العبد فان كانت أمة فقد اختلف قول أصحابنا فيها وقد فسرت في باب جامع الطلاق (فرع) والسيد أولى بخراجه وبما في يده فان وجد العبد ما ينفق عليها من صدقة أو هبة أو وصية أو اتلوم له فان وجد نفقة والا فرق بينهما كالخبرة قاله ابن حبيب ص قال مالك في العبد اذا ملكته امرأته أو الزوج يملك امرأته ان ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخا بغير طلاق وان تراجع بنكاح بعد لم تكن تلك الفرقة طلاقا بين وهذا كما قال ان ملك أحد الزوجين الآخر ففسخ لنكاحه لان ملك العبد ينافي النكاح ولذلك لا يجوز للرجل أن يتزوج أمة ولا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدا ولما كان ملك العبد أقوى لانه يملك الرقبة

* قال مالك في العبد اذا ملكته امرأته أو الزوج يملك امرأته ان ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخا بغير طلاق وان تراجع بنكاح بعد لم تكن تلك الفرقة طلاقا

* قال مالك والعبد اذا أعتقته امرأته (٣٤٠) اذا ملكته وهي في عدة منه لم يترجعا الا بنكاح جديد

والمنافع كلها أبطل حكم النكاح تقدم النكاح أو تأخر فان تقدم ملك الدين لم يصح النكاح ولو تزوج أمة لم تكن زوجته وبقيت على حالها أمة له (مسألة) ومن له عبده أمة فزوجها منه صح النكاح لان تزويجها منه انتزاع للامة ولا يجوز للرجل أن يتزوج أمة لا يجوز له وطؤها مثل أن يكون له فيها بقية رق كأم الولد والمكاتبة والمذبة والمعتقة الى أجل والمعتق بعضها ولا يتزوج أمة له فيها شبهة ملك كأمة عبده وأمة ابنه واحتج ابن القاسم في أمة الابن بانها مال له لا حد عليه في وطئها ولا نعلم في هذا خلافا بين أصحابنا الا ما رواه ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم انه كان يجيز انكاح الأب أمة الابن على ما يكره

(فصل) وقوله ان ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخا يقتضى أن النكاح اذا انعقد على صحة ثم طرأ عليه ملك أحدهما لصاحبه فسخ النكاح وبطل وعكذا يجب أن يكون حكم كل نكاح تقدم على الصحة وطرأ عليه ما يوجب تحريره ويمنع استدامته فلو أن رجلا تزوج ابنة أمة ثم توفي فورثها أو ورث جزأ منها لا يفسخ نكاحها وكذلك لو تزوج ابنته عبده ثم توفي فورثت جزأ منه لا يفسخ نكاحها (مسألة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده فان كان قبل البناء فقد وقع في كتاب الشيخ أبي القاسم فحين اشترى زوجته قبل البناء لها نصف الصداق والمشهور من قول مالك لإشئ لها وجه قول مالك ان الفرقة جاءت من قبل الزوج كالطلاق ووجه القول الثاني انه معنى بوجوب الفسخ قبل البناء فلم يجب بدشئ من الصداق كالرضاع

(فصل) وقوله يكون فسخا بغير طلاق وان ترجعا بنكاح بعد لم تكن الفرقة طلاقا يريدانها لا يترجعا ان النكاح جديد ولا رجعة له عليها بحكم النكاح الأول لانه قد انفسخ وبطل حكمه وخرجا عنه بغير طلاق ولذلك اذا تزوجها بنكاح جديد لم تعد عليه فرقة الفسخ طلاق بل يبقى له عليها ثلاث تطليقات ان كان حرا أو طلقا ان كان عبدا ص * قال مالك والعبد اذا أعتقته امرأته اذا ملكته وهي في عدة منه لم يترجعا الا بنكاح جديد * ش وهذا كما قال ان العبد اذا ملكته امرأته بعد أن طلقها وهي في عدة منه وأعتقته وصار ممن يجوز له أن يتزوجها لخر وجهه عن ملكها فانها ما لا يترجعا ان النكاح جديد لانه وان كان طلاقه اياه رجعا فان ملكها اياه قد قطع ما كان له عليها من الرجعة وقد ارتفع ذلك الملك ووجه ذلك أن ما أزال الملك منع الرجعة كالردة

* نكاح المشرک اذا أسامت زوجته قبله *

ص * مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أن نساء كن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن ومن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسامن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وكانت تحت صفوان بن أمية فأسمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الاسلام فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمه وعب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانا لصفوان بن أمية ودعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الاسلام وأن يقدم عليه فان رضى أمر قبله والاسيره شهرين فلما قدم صفوان على رسول الله صلى الله عليه وسلم بردائه ناداه على رؤس الناس فقال يا محمد ان هذا وعب بن عمير جاءني بردائك وزعم أنك دعوتني إلى القدوم عليك فان رضيت أمرا قبلته والاسيرتني شهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل أبا وهب فقال لا والله لا أنزل حتى تبين

* نكاح المشرک اذا

أسامت زوجته قبله *

* حدثني مالك عن

ابن شهاب أنه بلغه أن

نساء كن في عهد رسول

الله صلى الله عليه وسلم

يسلمن بأرضهن وعن غير

مهاجرات وأزواجهن

حين أسامن كفار منهن

بنت الوليد بن المغيرة

وكانت تحت صفوان بن

أمية فأسمت يوم الفتح

وهرب زوجها صفوان

ابن أمية من الاسلام

فبعث اليه رسول الله صلى

الله عليه وسلم ابن عمه

وهب بن عمير برداء

رسول الله صلى الله عليه

وسلم أمانا لصفوان بن

أمية ودعاء رسول الله

صلى الله عليه وسلم إلى

الاسلام وأن يقدم عليه

فان رضى أمر قبله والا

سيره شهرين فلما قدم

صفوان على رسول الله

صلى الله عليه وسلم بردائه

ناداه على رؤس الناس

فقال يا محمد ان هذا

عبي بن عمير جاءني

بردائك وزعم أنك

دعوتني إلى

القدوم عليك فان رضيت

أمرا قبلته والاسيرتني

شهرين فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم انزل أبا وهب فقال لا والله لا أنزل حتى تبين

لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بنحنيين فأرسل إلى صفوان بن أمية يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا فأعاره الأداة والسلاح الذي عنده ثم خرج صفوان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كافر فشهد حنيننا والطائف وهو كافر وأمر أنه مسلمة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين أمر أنه حتى أسلم صفوان واستقرت عنده أمر أنه بذلك النكاح * مالك عن ابن شهاب أنه قال كان بين اسلام صفوان وبين اسلام أمر أنه نحو من شهرين * ش قوله ان نساء كن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن وعن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وهي عاتكة بنت الوليد بن المغيرة إلى قوله أسلمت عام الفتح يحتمل من جهة اللفظ ان تكون أسلمت في وقت تمكن الهجرة فيه وذلك قبل الفتح لأنه قال أسلمن بأرضهن ولم يهاجرن وأزواجهن كفار ولو كان وقت لا يمكن فيه الهجرة لما احتاج إلى نفي الهجرة عنهن لأن تلك حال سائر النساء لا يمكن سواها ثم قال منهن بنت الوليد بن المغيرة ثم أسلمت عام الفتح ومن أسلم عام الفتح قبل الفتح فأنما أسلمت في وقت يمكن فيه الهجرة وأما من أسلمت بعد الفتح فقد فاتتها الهجرة لأنه لا هجرة بعد الفتح وعاتكة إذا أسلمت يوم الفتح وفي ذلك اليوم فرز وجهها صفوان بن أمية لكنه إنما أضافها إلى من لم يهاجر ووصفها بعدم الهجرة لأن القرآن إنما أزل يحكم من هاجر وسيأتي بعده هذا حكم من هاجر من المؤمنين في موضعه ان شاء الله

(فصل) وقوله وهربز وجهها من الاسلام يريد أنه فرلئلا يدخل فيه ولم يفر من القتل لأنه لو أسلم آمن من القتل وقد عرف ذلك صفوان وغيره لكن فراره كان من الاسلام الذي أباه وعليه قوتل حتى أظهر الله تعالى الدين فذلك قوله تعالى وقتلوهم حتى لا تكون قننة ويكون الدين كله لله فان انتهوا فان الله بما يعملون بصير وان تولوا فاعلموا أن الله مولاكم نعم المولى ونعم النصير

(فصل) وقوله فبعث إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمانا للصفوان بن أمية ودعاه إلى الاسلام وإلى أن يقدم عليه فان رضي أمر اقبله والا سبه شهرين يريد أنه أرسل ابن عمه لسكون صفوان بن أمية إلى قوله ونقته به وقرابته منه ومعرفة باشفافه وقرن به رداءه ليتحقق بذلك صفوان بن أمية ما ورد عليه به وهب بن عمير من تأمين النبي صلى الله عليه وسلم له ودعائه إياه إلى ما ذكره له على حسب عادة العرب في ذلك من ان من آمن منهم أحدا أعطاه سوطه أو رداءه أو حبلا أو شيئا يكون كالشاهد له على التأمين ويشهر به تأمينه له وقوله ودعاه إلى الاسلام بمعنى أن يعرض عليه الاسلام ويبين له شرائعه وأحكامه ويهديه فان رضيه التزمه ودخل فيه وقبله منه وان كره ذلك سيره شهرين يعني انه يؤمنه فيهما لا يعرض له أحد حكاه ابن مزين عن عيسى بن دينار * وقال القاضي أبو الوليد وعندي أن ذلك إنما كان لية سكن فيهما من الخرج إلى حيث يأمن من بلاد الشرك وسائر الامم قال أبو المطرف القنازعي رحمه الله وهذا أصل في عقد الصلح بين المشركين والمسلمين مدة معلومة على حسب ما يرونه مصلحة لهم وما قاله ليس بالبين وانما هو تأمين لرجل من المشركين ليرى الاسلام وحاله فان رضيه دخل فيه والا كان آمنا مدة يمكنه أن يبلغ ما منه إلا أن يريد أن يسمى التأمين صلحا مجازا أو اتساعا ولأن المؤمن أيضا يأمنه من أمنه لكن لهذا المعنى اسم يختص به وهو التأمين والصلح أيضا اسم يلحق به ويختص به ويختلف أحكامهما لأن المصالح يملك نفسه ويجري عليه حكمه والمؤمن لا يملك نفسه ولا يجري عليه حكمه وانما يجري

لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بنحنيين فأرسل إلى صفوان بن أمية يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا فأعاره الأداة والسلاح الذي عنده ثم خرج صفوان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كافر فشهد حنيننا والطائف وهو كافر وأمر أنه مسلمة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين أمر أنه حتى أسلم صفوان واستقرت عنده أمر أنه بذلك النكاح * مالك عن ابن شهاب أنه قال كان بين اسلام صفوان وبين اسلام أمر أنه نحو من شهرين * ش قوله ان نساء كن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن وعن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وهي عاتكة بنت الوليد بن المغيرة إلى قوله أسلمت عام الفتح يحتمل من جهة اللفظ ان تكون أسلمت في وقت تمكن الهجرة فيه وذلك قبل الفتح لأنه قال أسلمن بأرضهن ولم يهاجرن وأزواجهن كفار ولو كان وقت لا يمكن فيه الهجرة لما احتاج إلى نفي الهجرة عنهن لأن تلك حال سائر النساء لا يمكن سواها ثم قال منهن بنت الوليد بن المغيرة ثم أسلمت عام الفتح ومن أسلم عام الفتح قبل الفتح فأنما أسلمت في وقت يمكن فيه الهجرة وأما من أسلمت بعد الفتح فقد فاتتها الهجرة لأنه لا هجرة بعد الفتح وعاتكة إذا أسلمت يوم الفتح وفي ذلك اليوم فرز وجهها صفوان بن أمية لكنه إنما أضافها إلى من لم يهاجر ووصفها بعدم الهجرة لأن القرآن إنما أزل يحكم من هاجر وسيأتي بعده هذا حكم من هاجر من المؤمنين في موضعه ان شاء الله

عليه حكم من آمنه على حسب ما يأتي تفسيره في موضعه ان شاء الله تعالى
 (فصل) وقوله فلما قدم صفوان بن أمية على رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد أنه ناداه على رؤس الناس فقال يا محمد هذا وهب بن عمير جاءني بردائك يزعم انك دعوتني الى القدوم عليك يريد أن صفوان بن أمية حين قدومه نادى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رؤس الناس يريد اشهار تأمينه والاعلان به ويحتمل أن يكون مع كفره قد خاف أمر من النبي صلى الله عليه وسلم ان لم يشهر تأمينه مع ما علم من وفاء النبي صلى الله عليه وسلم وانه لم يغدر قط بذمة عرف ذلك من حاله المؤمن والكافر وكذلك قال أبو سفيان بن حرب لهز قل حين سأله عن النبي صلى الله عليه وسلم يغدر قال لا ونحن منه في مدة لا ندرى ما هو فاعل في ذلك ويحتمل أن يكون صفوان بن أمية قال ذلك وأعلن به ليعلم علم ذلك أصحابه فربما خفي ذلك عن بعض أصحابه فاعتاله وبدر بقتله ويحتمل أن يكون صفوان أراد تحقيق ما جاء به ابن عمه لتجويزه الوهم عليه وقوله على رؤس الناس تستعمل هذه اللفظة لمن قام بقول يقوله ويعلن به والناس جلوس منصتون بمعنى انه على رؤسهم وانه يسمع جميعهم ولم يخبر بذلك اخبار الجالس لدى من أقبل عليه وحادثه والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اجلس أبا وهب فكنناه وهي كنية صفوان بن أمية قال أبي بن دينار من رواية ابن مزيين عنه لا بأس أن يكنى اليهودي والنصراني كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بصفوان بن أمية وكان مشركا قال ابن مزيين وقال غيره لا يكنى اليهودي ولا النصراني الذي لان الله عز وجل ألزمهم الذلة والصغار وفي تكتيتا كرامه وتعظيمه وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو العرب خاصة بكنائهم مع الاشرار استئلا فلهذا بذلك ولمن كان وراءها من عشائرها كما جاء عنه صلوات الله عليه انه من علي غير واحد من أسرى العرب المشركين أطلقهم استئانا واستئلا فغيره فداء فكان الغير انما قصر ذلك على مشركي العرب دون غيرهم وهذا الذي قاله يحتاج الى تأمل وتقسيم وذلك أن الكنى قديما على غير سبيل الا كرام امال شهرتها وانها تغلب على الاسم ويشتهر بها صاحبها دون الاسم فهذا الاختلاف في جوازه وقد قال الله تعالى ثبت يدا أبي لهب وتب فكنناه لاشتهاره بكنيته فلم يردا كرامه بهذا ولا استئلا فلهذا في السورة من ذمه والاخبار بانه سيصلى النار ما يمنع من ذلك وقد غلبت الكنى على قوم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كأبي بكر وأبي عبيدة وأبي هريرة وغيرهم وغلبت الأسماء على جماعة منهم كعمر وعثمان وعلى بالاتساق الى أسمائهم ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين أنا بن عبد المطلب ولم يقل أنا ابن أبي الحارث ولا خلاف انه لم يرد أن يضع من جده ولا قصد الى تصغير حاله ولذلك قال الحسن لما استأذنه في هجاء قريش كيف ينسب فيهم فقال لأسلك منهم كما تسلك الشعرة فقريدي بالكنى على معنى الشهرة وغلبتها وقديما يكون من الناس من لا اسم له واسمه كنيته كأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وأبي بكر بن عياش وغيرهما وأما الكنية على سبيل الاكرام فهل يجوز أن يدعى بها من ليس بمسلم أولا هي التي يصح فيها الخلاف المتقدم والله أعلم

(فصل) وقوله فقال لا والله حتى تبين لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تفسير أربعة أشهر يحتمل أن يريد به حتى تبين ما أنفذت به الى هل هو على ما بلغني فأزله أو على غيره فانظر فيه فيكون التبيين حجة ذلة خاصة ليعلم وجه التأمين كيف هو ويحتمل أن يريد حتى تبين لي بان يسمع هؤلاء تأمينك لي فأمن في المستقبل اذا اشتهر الأمان أو تعلم بذلك من أصحابك فلا يكون منهم من أخاف

اذابته فأجابه النبي صلى الله عليه وسلم بالزيادة في التأمين على ما بلغه ورضيه فقال بل لك تسيير أربعة أشهر وعلى هذا استقر أمر التسيير قال الله تعالى فسيحوا في الأرض أربعة أشهر واعلموا أنكم غير معجزي الله وانما بالغ في ذلك صلى الله عليه وسلم استئلافا له واستمالة إلى الاسلام وليعلم انه ليس الغرض في قتله ولا التشقي منه لعداوته وانما الغرض أن يدعى إلى الاسلام فيدخل فيه فيكفر عنه ما تقدم من سيئ عمله وقد قالت عائشة رضي الله عنها وما انتقم رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه قط الا أن تنهك حرمة من حرمت الله فينتقم الله بها وانما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك لما افترض عليه من الجهاد وما أوجب عليه به من قتال من لا يدخل في الاسلام ولا يقرب به فأن أقرب به ودخل فيه اطرح عداوته وأظهر مودته ولم يبلغ بأحدا كثر مما بلغ بوحشى قاتل حمزة قال له هل تستطيع أن تغيب عني وجهك

(فصل) وقوله فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بجيش فأرسل إلى صفوان بن أمية أن يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا يزيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خرج إلى حنين قبل هوازن استعار من صفوان أداة وسلاحا كانت عنده والعارية مباحة من الكافر وغيره وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يجوز أن يلبس المسلم ثوبا لبسه كافر حتى يغسله وقال ابن الماجشون الا أن يكون من الثياب التي يفسدها الغسل فليلبسها ويصلي فيها دون أن يغسلها فعلى رواية ابن القاسم يحتمل أن يكون من لبسها من الصحابة لم يستدم لبسها حين الصلاة وعلى قول ابن الماجشون يجوز أن يصلي فيها لان الدروع مما يفسدها الغسل وأما أحكام العارية اذا تلفت عند المعارف فنذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله ثم رجع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا إلى الخروج ويحتمل أن يكون انما خرج باختياره ولم يدعه النبي صلى الله عليه وسلم إلى ذلك لما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه لا يستعين بمشرك ولم يمنعه من الخروج لما رجا أن يرى في طريقه وسفره مع النبي صلى الله عليه وسلم ما يقوى في نفسه أمر الاسلام فيكون سببا لسلامه وهل المنع لم يتناول خروجه معه وانما يتناول استعانت به والله أعلم فشهد حنين والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان ابن أمية يريد لم يفسخ نكاحه وأما التفرقة بان لا يجامعها فهي متيقنة وان لم يذكرها الراوى في حديثه وقد اختلف العلماء في هذه المسئلة على أقوال فعند مالك ان الزوجة لا تبين من زوجها الكافر بنفسه اسلامها وبه قال عطاء وابن شهاب وعمر بن ميمون وجاعة وروى مشه عن عمر بن عبد العزيز وروى عن ابن عباس انه قال اذا أسلمت قبله بساعة حرمت عليه وحديث ابن شهاب هذا وان كان من سلاو من اسيل ابن شهاب لا يحتاج بها غير أن هاتين القستين قصة صفوان بن أمية وقصة عكرمة قد شهرتا وتواتر خبرهما فكان ذلك يقوم لهما مقام الاسناد المتصل وقد روى وكيع عن أسماء وعن سالك عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأته أسلمت على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فجاء زوجها بعد ما فقال يا رسول الله انها كانت أسلمت معي فردها عليه وقال أبو عيسى هذا حديث ليس به بأس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يستديم ملك عصمتة مع بقاءه على كفره وقد روى عن عمر وعلى بن أبي طالب رضي الله عنهما انها تخبر فان شاءت فارقت وان شاءت فرت عنده والدليل على انه لا يستديم ملك عصمتها مع بقاءه على كفره قوله تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لانهن

حل لهم ولا هم يحلون لهن وهذا نص في تحريم المهاجرات فهو حجة فان سلم قسنا عليه غير المهاجرات
فقلنا ان هذه حرة مسامة فلا يجوز اقرارها تحت الكافر أو فلا يجوز أن يستديم الكافر ملك
عصمتها كالمهاجرة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو ان يكون اسلامها قبل البناء أو بعده فان كان
اسلامها قبل البناء فلا يخلو أن يسلم جميعا أو يسلم أحدهما قبل الآخر فان أسلم جميعا في وقت مثل أن
يأتيا جميعا مسلمين في النوادر انهما على نكاحهما فان أسلم أحدهما قبل الآخر فلا يخلو أن يتقدم
الزوج أو الزوجة فان تقدم الزوج فسيأتي ذكره بعد هذا وان تقدمت الزوجة فقد روى عيسى بن
دينار عن ابن القاسم في العتية في النصرا أن تسلم زوجته قبل البناء فان لم يسلم هو مكانه فلا رجعة
له ولا عدة عليها ويتخرج على قول ابن المواز في اسلام الزوج قبل البناء تقع الفرقة بنفس اسلامها
قبل البناء وجه قول ابن القاسم ان اسلام الزوجة اذا لم يتبعه اسلام الزوج وقعت به الفرقة واذا تبعه
اسلام الزوج لم تقع به فرقة دون اعتبار اسلام الزوج لما بقيا على نكاحهما وان أسلم الزوج في عدة
المدخول بها ولا يقع ذلك من حالها الا بعد مدة يمكن فيها معرفة ما يكون من الزوج في ذلك فاذا وقع
اسلام الزوج كان مراعى على ما يأتي تفسيره بعد هذا ان شاء الله وجه قول أصبغ وأشهب على
تفسير ابن المواز انه معنى يوجب فرقة في النكاح فاذا وجد قبل البناء قطع العصمة والطلاق (مسئلة)
وأما ان أسلمت بعد البناء فانه ان أسلم بعدها ما دامت في عدتها فهي باقية على عصمتها محوسيا كان أو
كتايا قال الشيخ أبو القاسم ويكون أحق بها بمجرد اسلامه دون رجعة لان اسلامه كالارتجاع
وجه ذلك أن التشغيب دخول النكاح بما تجرد من اسلام الزوج وانه لا يحل أن يملك عصمتها
كافر وهذا تشغيب أو جب العدة ولم يوجب الفرقة كالطلاق الرجعي فاذا أسلم الزوج قبل انقطاع
المدة وانقضاء العدة فقد زال التشغيب وانجبر الثلم وصحح اسلامه العقد بقيت عنده على حكم النكاح
الاول ولم يخرج الى رجعة لان تشغيب العقد لم يقع بما تجبره الرجعة وانما وقع بما يجبره اسلام الزوج
وقد وجد ذلك يدل على ذلك انه لو ارتجعها وبقي على كفره لم تصح وبالله التوفيق * قال القاضي أبو
الوليد رضي الله عنه والذي عندي في تحرير هذه المسئلة ان اسلام الزوج لا يوجب فرقة اذا تبعه
اسلام الزوج فاذا لم يتبعه اسلام الزوج وقعت به الفرقة وذلك انما يعرف بعدمدة فاذا وقع اسلام
الزوج بعد مدة كانت مراعى فان تعقبه اسلام الزوج علمنا ان اسلام الزوج لا يؤثر فرقة وانما
يؤثر تصحيح العقد واثباته فبقيا على ما كانا عقده من النكاح واسلم عليه فلا معنى لرجعته ولا لما يقوم
مقامها لان نكاحهما لم يطرأ عليه الا ما أثر فيه تصحيحها وتبيننا وان لم يتعقبه اسلام الزوج علمنا ان
اسلام الزوج قد وقعت به الفرقة يدل على صحة هذا انها تحتسب بعدتها اذا علمنا وقوع الفرقة من يوم
اسلامها ولو وقعت الفرقة بامتناع الزوج من الاسلام أو بظهور ذلك عند انقضاء مدة تكون عدة
أو جب ان تستأنف العدة من يومئذ لان العدة انما تكون من يوم تكون الفرقة (فرع) والمدة
المراعاة في المدخول بها من يوم اسلامها الى انقضاء عدتها على ما تقدم فان أسلم فيها فهم على
نكاحهما وان لم يسلم فيها فقد بان منه ولا سبيل له اليها ولا توقف في أثناء هذه المدة وروى عن غمر
ابن الخطاب انه قال يعرض عليه الاسلام فان أبي فرق بينهما فأشار الى ما روى عن عمر بن عبد العزيز
انه قال خلعه الاسلام عنه كما تخلع الأمة من العبد اذا اعتقت تحته * والدليل على ما نقوله ان العدة
مدة ضربت في المدخول بها يعلم ما وقع الزوج من الطلاق هل هو بائن أو غير بائن فان تعقبه ارتجاع
في العدة علم أنه غير بائن فكذلك مسئلتنا مثله (فرع) ولا فرق في ذلك بين الحريين والذميين

والوثنيين وبه قال جمهور الفقهاء وأهل الأمصار خلافاً لأهل الكوفة في قولهم هذا حكم الحربيين دون الوثنيين وأهل الذمة فإن أسلمت منهم المرأة قبل الزوج عرض عليه فإن أسلم في الوقت فهو أحق بها وإن لم يسلم عجل التفريق بينهما والدليل على ما نقوله أن هذا كفر يمنع استدامة النكاح فكان حكمه موقوفاً على إسلام الزوج ككفر الكتابيين الحربيين (فرع) وهل تكون هذه الفرقة طلاقاً وفسخاً قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم هي طلاقه بئس وقال ابن المواز ليس ذلك بطلاق وجه قول ابن القاسم أنها فرقة واقعة باختيار من هي بيده كالطلاق المبني ووجه قول ابن المواز أنه فرقة واقعة بالشرع من غير موقع فكانت فسخاً كالفرقة الواقعة بملاك الزوج زوجته وهذا إذا قلنا أن الفرقة الواقعة باردة فسخ وهي رواية ابن أبي أويس وعبد الملك بن الماجشون عن مالك وفي المدونة أنها طلاقه بئس فعلى هذا الفرق بينهما أن فرقة المرتدة من نكاح صحيحه الإسلام والفرقة الواقعة بإسلام زوجة الكافر فرقة من نكاح لم يصححه الإسلام (فرع) وهل على الكافر الذي أسلمت زوجته أن ينفق عليها في العدة روى عيسى عن ابن القاسم لا نفقة لها وروى أصبغ عن ابن القاسم لها النفقة وفي رواية عيسى ما خرج به من أنها متمتعة من الاستمتاع ووجه رواية أصبغ أنها معتدة منه بملاك استباحة وطئها كالطلقة الرجعية ص * قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ورأه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحاً وما عليه رداء حتى بايعه فثبتنا على نكاحهما ذلك * ش قوله أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل عن الإسلام اصراراً منه على الكفر وزواله

* قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ورأه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحاً وما عليه رداء حتى بايعه فثبتنا على نكاحهما ذلك

يقتضى تحريم الوطء ويدخل التشغيب في النكاح ويجرى به إلى بينونة انقضت العدة على هذه الحال ولما قدمت عليه أم حكيم باليمن دعت إلى الإسلام اقتضى ذلك إصلاح ما تشغيب من النكاح وتصحيح ما كان فاسداً منه بحكم الكفر لأن أنكحة الكفار فاسدة لما يعدم فيها من شروط الصحة من الولي والمهر وغير ذلك لكن الإسلام يصححها كما يصحح ملكهم للأموال وإن ملكوها على وجه فاسد لو كان في حال الإسلام لم يصح فلما وجد الإسلام في نكاح عكرمة صحح ما كان فيه من فساد وأصلح ما كان دخله من تشغيب بالإسلام زوجته قبله وذلك كما كان في العدة المذكورة

(فصل) وقوله فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فراحوا عليه رداء وذلك من حرص النبي صلى الله عليه وسلم على دخول الناس في الإسلام وإن هدام الله تعالى به إلى الإسلام لأسباب من كان من عظماء الناس وأعيانهم كعكرمة في قومه فإنه كان من سراوات بني مخزوم وعظماهم وبهذا وصف الله نبيه صلى الله عليه وسلم فقال لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف رحيم ولم يحمله ما تقدم من عداوته وعداوة أبيه على أن لا يناله وحرصه على منفعة واهتدائه به ما ينال غيره صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ص **قال مالك** وإذا أسلم الرجل قبل أمر أنه وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا تمسكوا بعصم الكوافر **ش** وهذا على حسب ما قاله ابن الكافرين إذا أسلم الزوج قبل الزوجة لم يخيل أن تكون كتابية أو غير كتابية فإن كانا كتابيين فهما على نكاحهما وإن كانت الزوجة غير كتابية فإن لم يكن بنى بها فقد روى محمد عن ابن القاسم عن مالك توقف فإن أسلمت قال محمد يريد مكانها والافرق بينهما وقال أشهب وأصعب تنقطع العصمة بينهما قال محمد يريد بالإسلام الزوجة وهو أحب إلى وجه قول مالك أن إسلام الزوج انما يمنع استدامة النكاح ولا يقتضى إيقاع فرقة ووجه قول أشهب انما يمنع استدامة النكاح من إسلام أحد الزوجين إذا وجد قبل البناء فإنه يقطع العصمة كالأول أسلمت الزوجة أولاً (مسئلة) فإن بنى بها ثم أسلم فقد قال مالك يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت والافسخ نكاحهما وبه قال أبو حنيفة زاد أبو زيد عن ابن القاسم يعرض عليها الإسلام اليوم والثلاثة وقال أشهب يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت والافسح له إليها فقول ابن القاسم مبنى على أن إسلام الزوج لا يقع به الفرقة وانما يقع بالحكم أو بالاغفال حتى تطول المدة ولو وقعت الفرقة بنفس إسلامه لم يعرض عليها الإسلام وقال الشافعي حكم ذلك حكم المرأة تسلم قبل زوجها براعى في ذلك إسلام الثاني منهما في العدة وقد استدلل مالك رحمه الله في رد ذلك بقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وهو ظاهر في مسئلتنا ومن جهة المعنى أن العدة حق لارتجاع المعتدة للنكاح فيجب أن يعتبر فيها فيه الرجعة من قبل الزوج وإذا كان الارتجاع من قبل الزوجة لم تراعى فيه العدة اللازمة لها لأن العدة عليها لاها (مسئلة) فإن غفل عنها إلى أن تطاول مثل الشهر فقد قال ابن القاسم أنه قد برى وقال أشهب لا يفرق بينهما حتى تنقضى العدة وجه قول ابن القاسم ما قدمنا ووجه قول أشهب أن الفرقة انما تكون بحكم التوقيف وامتناعها من الإسلام وانقضاء العدة وأما ما مضى من زمن العدة قبل التوقيف والامتناع من الإسلام فلا تنقطع به العصمة بينهما كالأيوم والأيومين

قال مالك وإذا أسلم الرجل قبل أمر أنه وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا تمسكوا بعصم الكوافر

﴿ ماجاء في الوليمة ﴾

عن مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه تزوج فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت إليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ﴿ ش قوله أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة ظاهر هذا اللفظ أن أثر الصفرة كان بجسده ويحتمل أن يكون في ثيابه إذا استعمل اللفظ على سبيل المجاز والانساع كما يقال أصاب فلانا الظين والمطر وإنما أصاب ذلك ثيابه والصفرة يحتمل أن تكون صفرة زعفران أو غيره استعمل على وجه الصبغ للثياب أو الجسد ويحتمل أن تكون صفرة طيبه لون قد تطيب به عبد الرحمن بن عوف وبقيت من لونه على ثيابه أو جسده بنية وقد روى هذا الحديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس فقال فيه وبه ردغ زعفران فبين أن تلك الصفرة صفرة زعفران وبين أصحاب مالك رضي الله عنه لباس الثياب المصبوغة بالصفرة قال يحيى بن عمر في حديث عبد الله بن عمر وأما الصفرة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبغ بها فأنا أحب أن أصبغ بها قال يحيى بن عمر يريد يصبغ بها ثيابه لالحية هذا معناه عند أصحاب مالك وقال ابن سفيان في الصبغ بالزعفران هذا جائز عند أصحابنا في الثياب دون الجسد وكره أبو حنيفة والشافعي للرجل أن يصبغ ثيابه ولحيته بالزعفران والدليل على صحة ما نقلوه ما روى الدراوردي عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يصبغ لحيته بالصفرة حتى تمتلئ ثيابه من الصفرة فقيل له ما تصنع بالصفرة فقال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبغ بها ولم يكن شيء أحب إليه منها فإنه كان يصبغ بها ثيابه حتى عمامته

(فصل) فإن كان أثر الصفرة التي كانت لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أثر صفرة صباغ بالزعفران فقد تقدم حكمه وإن كان بغير ذلك من ألوان الصبغ التي لا تعلق لها بالطيب ولا ينتفض على الجسد كالصفرة المصبوغة بالصفرا أو غير ذلك من الأصبغة فلا خلاف في جواز ذلك

(فصل) وقوله فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أنه سأله لما رأى عليه من التجميل للعرس ليعلم ما سبب ذلك وقد روى أنه رأى عليه بشاشة العرس ويحتمل أن يرى به من الصفرة أو الطيب على جسده ما يتعلق به المنع إلا في عرس أو ما جرى مجراه فسأله عن ذلك ليعلم أن كان استباحه بوجه صحيح فيقره عليه أو استباحه بغير وجه فيعلمه حكمه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كم سقت إليها يحتمل أن يكون سأله لما كان المهر مقدرا عنده فيعلم أن كان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قد بلغ المقدار فيقره عليه أو قصر عنه فيأمره بتصحيح ذلك إما بالكاه أو بما يراه ويؤيد صحة هذا التأويل أنه سأله عن المقدار فقال كم سقت إليها ولم يسئله عن الجنس

(فصل) وقول عبد الرحمن بن عوف زنة نواة قال ابن وهب وغيره من أصحاب مالك أن النواة من الذهب خمسة دراهم والوقية أربعون درهما والنش عشرون درهما والنش نصف الشئ وقال أحمد بن حنبل النواة ثلاثة دراهم وثلاث ومالك وأصحابه أعلم بهذا من غيرهم لأن أهل كل بلد أعلم بعرف بلدهم في التخاطب والتخاور

﴿ ماجاء في الوليمة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن حميد الطويل عن
أنس بن مالك أن عبد
الرحمن بن عوف جاء إلى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم وبه أثر صفرة فسأله
رسول الله صلى الله عليه
وسلم فأخبره أنه تزوج
فقال له رسول الله صلى
الله عليه وسلم كم سقت
إليها فقال زنة نواة من
ذهب فقال له رسول الله
صلى الله عليه وسلم أولم
ولو بشاة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة والوليمة طعام النكاح قاله صاحب العين وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك على معنى النذب اليها لما فيها من اشهار النكاح واطهاره بل هو صفة من صفاته التي يقيز بها مائة وممنوع من السفاح وقدرى ابن المواز عن مالك انه قال أستحب الاطعام في الوليمة وكثرة الشهود في النكاح ليشتهر وتثبت معرفته فهذا في الوليمة مع ما يقتضيه من ذلك من كرم الأخلاق ومكارمة الاخوان ومواساة أهل الحاجة

(فصل) وليس في قوله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ولا في شيء من ألفاظ الحديث ما يدل على أن هذا كان قبل البناء ولا بعده وقد رأيت بعض من حاول تفسير هذا الحديث من أهل بلدنا قال ان هذا اللفظ يدل على أن الوليمة بعد البناء جائزة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وليس في الحديث ما يدل على ذلك لانه يحتمل أن يكون سؤال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بعد العقد وقبل البناء ولو بلغنا انه كان بعد البناء لم يدل على ذلك أيضا لجواز أن يكون قد فات ذلك قبل البناء فأمره به بعد البناء فيتعقبه البناء ويتصل به وقدرى ابن المواز عن مالك أرى أن يوم بعد البناء وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك لا بأس أن يوم بعد البناء قال فليجب وليس مثل الوليمة قالوا بن حبيب وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الاطعام على النكاح عند عقده وعند البناء ولفظ عند البناء يقتضى قرب البناء ويحتمل أن يريد به قبله وبعده وكيف كان فليس فيه منع لان منه شهرة النكاح وهذا لا يعدم لتقديمه ولا لتأخيره إلا أن تقديم اشهاره قبل البناء ويتصل البناء به عندي أفضل كالأشهاد فأمّا تأخيره فانه عار من فائدة الاشهاد الذي شرع تقديمه على البناء ومنع تقديم البناء قبل فانه قبل البناء ويحتمل أن يكون اختار ذلك لانه لا يقتصر عليه في اشهار النكاح وإنما يشهر أولا بالأشهاد وهذه زيادة في الاشهار تختص باشهار البناء ويكون فيه معنى الرضا بما اطلع عليه من حال الزوجة فعلى هذا يختص بما بعد البناء والله أعلم

(فصل) وقوله ولو بشاة وان كان يقتضى التقليل إلا أنه ليس بمحد لا قل الوليمة فانه لا حد لاقطها وانما ذلك على حسب الوجود ولعل ذلك كان أقل ما رآه صلى الله عليه وسلم في حال عبد الرحمن بن عوف وفي مثل ذلك الوقت وقدرى ثابت ذكر تزويج زينب بنت جحش عند أنس فقال ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم أولم على أحد من نسائه ما أولم عليها أولم بشاة ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه قال لقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم * ش قوله كان يوم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم يريد والله أعلم ان ذلك كان في سفر حيث لا يجد الخبز ولا اللحم ولا يوجد فيه ما يتزودون به من الاقط والتمر والسويق ويحتمل أيضا أن يكون في بعض الاوقات لضيق الحال فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يرو عنه انه ترك الوليمة على أحد من نسائه وقدرى منصور بن صفية عن أمه قالت أولم النبي صلى الله عليه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير وهذا يدل على تأكيد النذب اليها والحض عليها قال ابن حبيب وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الاطعام على النكاح ولم يدع الوليمة على أحد من نسائه قل أو كثر وهذا يقتضى أن يؤخذ في كل حال بما يسع ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أولم على زينب بنت جحش فاشبع الناس خبزوا لحا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذي أبيح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعة والمعتاد منها يوم واحد وقد أبيح أكثر من يوم وروى ان اليوم الثاني فضل والثالث سعة وأجاب الحسن رجلا دعاه في

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال لقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم

اليوم الأول ثم في اليوم الثاني ثم دعاه في اليوم الثالث فلم يجبه وروى عن ابن المسيب مثله وقد أوم
ابن سيرين ثمانية أيام ودعاه في بعضها أبي بن كعب وقال ابن حبيب فنوسع الله عليه فليوم من يوم
ابتناؤه إلى مثله ووجه ذلك أن يريد به الأشهار لنكاحه والتوسعة على الناس ولا يقصد به المباهاة
والسمعة (مسئلة) فإذا قلنا أنه يجوز أن يوالي أياما فقد قال ابن حبيب يكره أن يكون استدامة أياما
وأما أن يدعوا في اليوم الثالث من لم يكن دعاه أو من دعاه مرة فذلك سائغ ومعنى ذلك أنه لم يقصد
بتكرار الأيام الاستيعاب وأما إذا قال لهم في أول يوم يتكرر على طعام ثمانية أيام فإن هذا نوع من
المباهاة والفخر فإذا تكرر في فعل من الأفعال مقصداً جعل عليه وجعل ذلك مقتضاه ص * مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليأتها * ش
اختلف الرواة في لفظ هذا الحديث فقال مالك إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليأتها وتابعه عليه عبيد الله
ابن عمرو وروى موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أجيبوا الدعوة إذا
دعيتكم وروى معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا دعاه أحدكم أخاه
فليجب عرسا كان أو غيره وتابعه على ذلك الزبيدي عن نافع عن عبد الله بن عمرو على حسب هذا
اختلف الفقهاء في الحكم فروى ابن القاسم عن مالك في المدينة أنما هذا في طعام العرس وليس طعام
الأملاك مثله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أن الأملاك حين العقد وان العرس
حين البناء وهذا الذي يلزم اتيانها في الوليمة من اشهاره وروى ابن الموازي عن مالك أنه قال الوليمة التي
يجب أن تؤتى وليمة النكاح وما سمعت أنه يجب أن تؤتى غيرها من الاصنعة وأرى أن تجاب الدعوة
الامن عذروها قال أبو حنيفة وقال الشافعي اجابة وليمة العرس واجبة ولا رخص في ترك غيرها
من الدعوات التي لا يقع عليها اسم وليمة كالأملاك والنفاس والختان وحادث سرور ومن تركها لم يقل
له أنه عاص وهذا خلاف في عبارة ووجه وجوبها الأمر بذلك والأمر يقتضي الوجوب ومن جهة
المعنى أن حكمها حكم الشهادة لأن المقصود بها الاعلان للنكاح والاثبات لحكمه هذا المشهور من
مذهب مالك وأصحابه وروى ابن حبيب عن مالك أنه قال ليس ذلك عليه حتما وليس بفريضة وأحب
إلى أن يأتي فإن اشتغل فلا ثم عليه لعله على الندب ويحتمل أن يريد أنه على وجه واجب وعلى وجه
مندوب اليه وسيأتي ذكره إن شاء الله (مسئلة) وروى عن مالك أنه قال الشيخ أبو محمد يريد في غير
العرس وهذا عندي إنما يريد الطعام الذي يصنع لغير سبب من الأسباب التي جرت العادة باتخاذ
الطعام لها فعلى هذا الطعام على ثلاثة أضرب طعام العرس وهو الذي يجب اتيانها والضرب الثاني
طعام له سبب معتاد كالطعام للولود والختان وما جرى مجرى ذلك فإن هذا ليس بواجب ولا مكروه
ويقتضي على تفسير الشيخ أبي محمد أن يكون مكروها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي
أنه غير مكروه ويبين ذلك ما روى أشهب عن مالك أنه قيل له النصراني يتخذ طعاما لختان ابنه
أف يجيبه قال إن شاء فعل وإن شاء ترك فهذا في النصراني قد أباحه فكيف بالمسلم * والضرب الثالث
الطعام الذي لا سبب له فهذا الذي يستحب لأهل الفضل الترفع عن الاجابة اليه ويكره التسرع
اليه لأن ذلك إنما هو على وجه التفضل على من يدعى اليه ص * مالك عن ابن شهاب عن الأعرج
عن أبي هريرة أنه كان يقول شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك المساكين ومن لم
يجب الدعوة فقد عصي الله ورسوله * ش قوله رضي الله عنه شر الطعام طعام الوليمة يريد أنه
طعام مخصوص بقصد مذموم يقل معه الأجر على كثرة ما فيه من الاتناق وذلك أنه إنما يصنع ليدعى له

* وحدثني عن مالك
عن نافع عن عبد الله
ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال إذا
دعي أحدكم إلى وليمة فليأتها
* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن الأعرج
عن أبي هريرة أنه كان
يقول شر الطعام طعام
الوليمة يدعى لها الأغنياء
ويترك المساكين ومن لم
يأت الدعوة فقد عصي
الله ورسوله

الأغنياء دون المساكين لما في دعاء المساكين من ابتذال المنزل والوطاء والمكان فكان ذلك مما يجعله شر الطعام لأن خير الطعام وأكثره أجر ما يدعى إليه المساكين لحاجتهم إليه ولما في الصدقة عليهم من سد خلتهم واشباع جوعتهم فأما طعام الأغنياء فليس فيه هذا المعنى وإنما فيه نوع من المهادة والتودد إذا سلم من المصمة وقد روى ابن حبيب أن ابن عمر رضي الله عنه دعا في وليمة الأغنياء والفقراء فقال ابن عمر للفقراء ههنا لا تنفسوا عليهم ثيابهم فإنا نطعمكم مما يأكلون (فصل) وقوله رضي الله عنه ومن لم يجب الدعوة فقد عصي الله ورسوله يقتضى وجوب ذلك وقد تقدم ذكر طعام الوليمة وقوله بعد ذلك ومن لم يجب الدعوة إلى طعام الوليمة وعلى ذلك تأول جماعة العلماء وقد نص مالك رحمه الله وأكثر العلماء على وجوب اتيان طعام الوليمة لمن دعى إليها وصفة الدعوة التي تجب بها الإجابة أن يلتقي صاحب العرس الرجل فيدعوه أو يقول لغيره أَدْعُ عَلَى فَلَانٍ فيعيّنه فإن قال ادع على من لقيت فلا بأس على من دعى بمثل هذا أن يتخلف لأن صاحب الطعام لم يعينه ولا عرفه وذكر ذلك ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به وذلك أنه لا يجب على الناس اتيان العرس من غير دعوة وإنما يجب بالدعوة والدعوة مختصة بصاحب العرس فإذا عينه لم يزمه اتيان الدعوة لتوجهها ممن تختص به الدعوة وله أن لا يعين المدعو فيدعو من شاء ويمنع من شاء وإذا لم يعينه لم يزمه شيء (مسئلة) وإذا لزمه اتيان الدعوة فهل يلزمه الأكل أم لا لم أجده فيه نصاً جلياً لأصحابنا وفي المنهـب مسائل تقتضى القولين وروى ابن المواز عن مالك أرى أن يجب وإن لم يأكل أو كان صائماً قال أصبغ ليس ذلك بالوكيد وإنه تخفيف فقوله مالك مبنى على وجوب اتيان الدعوة وإن الأكل ليس بواجب ولذلك أوجب الاتيان على من لا يريد الأكل أو من يصوم وقول أصبغ مبنى على وجوب الأكل ولذلك أسقط وجوب الاتيان عن الصائم الذي لا يأكل كل (مسئلة) وإن كان في الوليمة زحام أو غلق الباب دونه فقد روى ابن القاسم عن مالك هو في سعة إذا تخلف عنها أو رجع ووجه ذلك أنه لا يلزمه الابتذال في الزحام وتكلف الامتهان فإن ذلك مما يثلم المروءة والتعاون ويسقط الوقار وكذلك إن كان به عذر مرض أو غيره (مسئلة) وإن كان في العرس لهو غير مباح كالعود والطنبور والمزهر المربع لم يلزمه اتيانه وأما الدف والمدور والكبر فباح في العرس وقال أصبغ في المدنية ويكون ذلك عند النساء دون الرجال ولا يكون معه عزف ولا غناء إلا لرجل المربع قال محمد بن عيسى وبلغني أنه كان مما يقوله النساء

أتيناكم أتيناكم * فخيونا نخيبكم

ولولا الحبة السمرا * لم نحلل بواديكم

فإن كان في الوليمة لهو محظور باطل وجوب اتيانها فمن جاء الوليمة فوجد ذلك فيها فليرجع وعلى هذا جماعة الفقهاء وقال أبو حنيفة لا بأس أن يقعدوا كل وقول الجماعة أولى ص مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة أنه سمع أنس بن مالك يقول إن خياطاً دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه قال أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ذلك الطعام فقرب إليه خبزاً من شعير ومرقافيه دباء قال أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبع الدباء من حول القصعة فلم أزل أحب الدباء بعد ذلك اليوم ش أدخل مالك رحمه الله هذا الحديث في باب ما جاء في الوليمة وليس في ظاهر هذا الحديث ما يدل على أن الطعام طعام وليمة ولا غيرها ولو كانت لما احتفل الأمرين وكان من مذهبه أنه يكره لدى الفضل والهيئة الإجابة إلى طعام صنع لغير سبب أدخل هذا

وحدثني عن مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة أنه سمع أنس بن مالك يقول إن خياطاً دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه قال أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ذلك الطعام فقرب إليه خبزاً من شعير ومرقافيه دباء قال أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبع الدباء من حول القصعة فلم أزل أحب الدباء بعد ذلك اليوم

الحديث في باب ما جاء في الولية امالا ثبت عنده انه كان في واية اولانه يصح أن يكون طعام واية
فيمنع بذلك احتياج من يوجب اجابة طعام غير الولية بهذا الحديث لانه اذا احتمل الوجهين لم يجز
أن يحتاج به على أحدهما ويحتمل أن يكون فعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لضرورة وحاجة الى
الطعام فقد أجاب جماعة من أصحابه بكبار بن عبد الله وأبي طلحة مثل هذا ويحتمل أيضاً أن يكون قد
علم من تعظيم الصحابة له وتبركهم بأكله طعامهم ودخوله منازلهم ما علم به انه اذا امتنع من ذلك شق
عليهم فكان يستألفهم ويطيب نفوسهم بذلك والله أعلم وقد روى أن هذا الخياط كان غلاماً للنبي
صلى الله عليه وسلم فعلى هذا يرتفع الاشكال لان طعام غلامه استباحه بالانتزاع والأكل وجه من
وجوه الانتزاع والله أعلم

(فصل) وقول أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك الطعام يحتمل أن يكون
الخياط قد أباح ذلك لأنس أو من شاء النبي صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون ذلك مباحاً لما
علم أنه يرضى بذلك ولا يكرهه ولو لم يعلم إباحته لذلك لردّه أولاً ستأذنه في أمره وما روى عنه صلى الله
عليه وسلم انه قال لرجل دعاه خامس خمسة فتبعهم رجل آخر فقال صلى الله عليه وسلم للذي دعاه ان
هذا تبعنا فاما أن تأذن له واما أن يرجع فأذن له

(فصل) وقوله فقرب اليه خبراً من شعير ومرقاه دباء وقد روى ابن بكير والقعنبي في هذا
الحديث زيادة القديد وهذا علم من فضله وتواضعه صلى الله عليه وسلم فانه كان يأكل من الطعام
لما يسد به جوعه ولا يتأنق فيه تأنق المترفين

(فصل) وقول أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبع الدباء من حول القصعة يحتمل
أن يكون فعل ذلك صلى الله عليه وسلم لما انفرد بالاكل مع خادمه ومن يعلم انه لا يكره ذلك منه بل
يتبرك أن يأكل من موضع مشته فيه يده وانما يمنع من أن تجول يده في الصفحة من يأكل معه من
لا يجعل منه هذا المحل وربما كرهه أن يمس ما بين يديه ولذلك قال صلى الله عليه وسلم لعمر بن أبي
سالمه بسم الله وكل مما يليك يريد بذلك صلى الله عليه وسلم تعليمه وتأديبه تأديب مثله في الموضع الذي
يلزم ذلك فيه ويحتمل أيضاً مع ذلك أن يكون الدباء قد اتفق أن يكون أكثره حول الصفحة وفي
موضع لا يصل اليه النبي صلى الله عليه وسلم الا بعد تناوله ذلك على هذا الوجه امالا اتفاق في وضعه أولاً
صاحب الطعام قصد ابعاده منه وتقريب القديد مما يليه لما ظن أن ذلك أحب اليه من الدباء فاحتاج
النبي صلى الله عليه وسلم في أكله الدباء الى أن يتناوله من حول الصفحة وقد جوز مثل هذا للانسان
أن يتناوله حيث كان من الصفحة اذا اختلفت أجناس الطعام فيها وانما يلزم الاقتصار على ما بيناه
اذا تساوت أجناسه والأصل في ذلك ما رواه الجعد عن أنس أن أم سليم أهدت الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم حبيسة في برمة فوضع يده عليها وتكلم بما شاء الله ثم دعا عشرة ياء كلون فيقول لهم اذكروا
اسم الله ولياً كل رجل مما يليه حتى تصر عن عنها فوجه الدليل منه أن الخيس متساوي الاجزاء
والترام ذلك في كل شيء أفضل وأجل ان شاء الله تعالى

﴿ جامع النكاح ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن زيد بن أسلم أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال
إذا تزوج أحدكم المرأة
أو اشترى الجارية فليأخذ
بناصيتها وليدع بالبركة
وإذا اشترى البعير فليأخذ
بذروة سنامه وليستعد
بالله من

﴿ جامع النكاح ﴾

ص * مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا تزوج أحدكم المرأة أو اشترى
الجارية فليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة واذا اشترى البعير فليأخذ بذروة سنامه وليستعد بالله من

الشیطان * ش امره صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة أو اشترى جارية أن يأخذ بناصيتها وهو مقدم شعر الرأس ويدعو بالبركة وأمره الذي اشترى البعير أن يأخذ بذروته سنامه وهي أعلاه ويستعين بالله من الشيطان يحتمل أن يكون خص الأبل بذلك لما روى أنها خلقت من الجن فاستعاذ بالله من سوء ما خلقت منه مخافة أن يكون في الأبل شيء من أخلاق من خلقت منه وقد قيل إن معنى ما روى أنها خلقت من الجن أن فيها من النفار والحدة والأذى والصلو إذا هاجت ما شئت من أجله بالجن فعلى هذا أيضا يحتمل أن يؤمر أن يستعين بالله من الشيطان الذي شبهه به ما اشتراه بشره وأذاه وور بما سببت له أسباب الشر وجهه على النفاق والأذى والترويع والهيجان وغير ذلك والله أعلم ص * مالك عن أبي الزبير المسكى أن رجلا خطب إلى رجل أخته فذكر أنها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه ثم قال مالك والخبر * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير كانا يقولان في الرجل يكون عنده أربع نسوة فيطلق إحداهن البتة أنه يتزوج إن شاء ولا ينتظر أن تنقضى عدتها * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير أفتيا الوليد بن عبد الملك عام قدم المدينة بذلك غير أن القاسم بن محمد قال طلقها في مجلس شتى * ش وهذا كما قال لأن المطلق زوجته لا يخلو أن يكون طلاقه بائنا أو رجعيًا فإن كان بائنا فهو على ما قال يجوز له أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها وليس عليه أن ينتظر انقضاء عدتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يتزوج رابعة غيرها ولا أختها حتى تنقضى عدتها والدليل على ما نقوله أن الطلاق الثلاث معنى يقع به البينونة ويمنع الرجعة فوجب أن يفسخ نكاح الأخت كانقضاء العدة (مسئلة) وإن كانت المطلقة رجعية فلا خلاف أنه لا يجوز أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ولا رابعة غيرها وهو متفق عليه من أقوال العلماء لأن أحكام الزوجية باقية بينهم ما قول القاسم بن محمد له طلقها في مجلس شتى بمعنى أنه لا يجوز له أن يوقع البتة في مجلس واحد ولا طلقين لا تتخللهم رجعة ولا نكاح على ما يأتي ذكره بعد هذا ولم يحتج عروته إلى ذكر هذا لأنه لا تأثير له في جواز عقد نكاح غيرها وإنما له تأثير في حظر إيقاعها على غير الوجه الذي تقدم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعتق * ش قوله رضى الله عنه ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعتق يريد أنه لا يثبت فيهن حكم اللعاب ولا يعذر اللعاب فيهن بل يحمل على مثل ما يحمل عليه الجاد من اللزوم وقد روى ابن المواز عن مالك في الرجل يقول للرجل وهو يلعب زوج ابنتك من ابني وأنا أمهرها كذا فقال الآخر على لعب وضحك أتريد ذلك قال نعم قد زوجته فذلك نكاح لازم فهذا المشهور من المذهب وروى في العتية أبو زيد عن ابن القاسم في رجل أبصر رجلا فقيل له تنظر إليه ولقد بلغنا أنه ختنك فقال أشهدكم أني زوجته ابنتي بما شاء فقام الرجل يطلب زوجته بأرذل ذلك أو بعد يومين فقال الأب كنت لاعبا قال ابن القاسم يحلف

الشیطان * وحدثنى عن مالك عن أبي الزبير المسكى أن رجلا خطب إلى رجل أخته فذكر أنها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه ثم قال مالك والخبر * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير كانا يقولان في الرجل يكون عنده أربع نسوة فيطلق إحداهن البتة أنه يتزوج إن شاء ولا ينتظر أن تنقضى عدتها * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير أفتيا الوليد بن عبد الملك عام قدم المدينة بذلك غير أن القاسم بن محمد قال طلقها في مجلس شتى * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعتق

تبيح له في يومها الجلوس عند ضرئها ثم بدا لها الرجوع في ذلك كان لها الرجوع فيه والمنع منه رواه ابن المواز عن مالك ومثله روى عن النخعي ومجاهد وقال الحسن ليس لها الرجوع في ذلك والدليل على ما نقوله ان كل ضرر لحق من الزوج مؤثر في المواصله والاستمتاع فان للمرأة الخيار فيه بعد الرضا به اذا كان مما يرجى زواله ويضر بقاؤه كعجز المعترض (مسئلة) فاذا قلنا لها الرجوع في ذلك وجب على الزوج أن يرجع الى العدل بينهما أو يطلق ولذلك أثر رافع بن خديج الطلاق ولم يؤثر المساواة بينهما وذلك جائز له على حسب ما تقدم

(فصل) وقوله فطلقها حتى اذا كادت أن تحل راجعها يحتمل أن يكون انما كان راجعها يعتقد المساواة بينهما ثم يبدو له فيغيرها بين الرضا بالايثار والطلاق ويحتمل أن يكون انما كان راجعها على رضاها بالايثار فيتمادى على ذلك مدة ثم يبدو لها فتراجع عن الرضا به ولا بأس بالمراجعة على الايثار وأما عقد النكاح على الايثار فقد روى ابن المواز وابن حبيب انه لا يجوز زاد ابن حبيب وان كان يجوز بعد النكاح الصلح على الأثرة (مسئلة) فان وقع النكاح على ذلك فقد روى محمد وابن حبيب يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويبطل الشرط ووجه ذلك انه مبني على ان الفساد في المهر وانه انما رضى بهذا المقدار على ما شرط من الأثرة

(فصل) وقوله عند الثالثة ما شئت انما بقيت واحدة فان شئت استقررت على ما ترين من الأثرة وان شئت فارقتك يريد أنه ان طلقها عند الطلقة التي بقيت لم يكن له الى ارتجاعها سبيل ولو رضيت بالأثرة لم ينفعها وانما بقي لها أن ترضى الآن بالأثرة وتقر على ذلك أو يطلقها آخر الطلاق فلا يكون الياسيل

(فصل) وقولها بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك ولم ير رافع عليه انما حين فرت عنه على الأثرة يريد أنه رأى انه لا اثم عليه في الايثار عليها الذي لا يجوز له الاباذهن ولو لم ترض به لكان آثما فيه لو تمادى عليه والله أعلم وأما اذا كان يرضى في المدينة عن عيسى قلت لابن القاسم يجوز للرجل أن يفعل مثل ما فعل رافع فقال لي لا بأس بذلك لانه لم يضرها ولو شاء ابتداء طلاقها من غير تخيير وروى يحيى بن يحيى عن نافع قال ما أحب ذلك لأحد قال الله تعالى فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة قال يحيى بن ابراهيم قول ابن القاسم هو الفقه بعينه والله أعلم

✽ تم الجزء الثالث من المنتقى للعلامة الباجي ✽ ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب الطلاق ✽

صحيفه

- ٢ هدى المحرم اذا أصاب أهله
 ٧ هدى من فاته الحج
 ٩ هدى من أصاب أهله قبل أن يفيض
 ١٠ ما استيسر من الهدى
 ١٢ جامع الهدى
 ١٦ الوقوف بعرفة والمزدلفة
 ١٨ وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته
 ١٩ وقوف من فاته الحج بعرفة
 ٢١ تقديم النساء والصبيان
 ٢٢ السير في الدفعة * وفيه بيان
 ٢٣ الباب الأول في بيان وقت الوقوف
 ٢٣ الباب الثاني في بيان وقت الدفع
 ٢٤ ما جاء في النحر في الحج
 ٢٦ العمل في النحر
 ٢٨ الخلاق * وفيه أبواب
 ٢٩ الباب الأول في من حكمه الخلاق والتقصير
 ٢٩ الباب الثاني في صفة الخلاق والتقصير
 ٣٠ الباب الثالث في موضع الخلاق والتقصير
 ٣٠ الباب الرابع في وقت الخلاق والتقصير
 ٣٠ الباب الخامس فيما يتعلق بالخلاق والتقصير من الأحكام
 ٣١ الباب السادس هل الخلاق نسك أو تحلل
 ٣٢ التقصير
 ٣٤ التلبيد
 ٣٤ الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة
 ٣٤ الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة
 ٣٨ صلاة المزدلفة
 ٤٠ صلاة منى
 ٤١ صلاة المقيم بمكة ومنى
 ٤١ تكبير أيام التشريق
 ٤٣ صلاة المعرس والمخضب
 ٤٥ البيوتة بمكة ليالي منى

رى الجمار	٤٦
الرخصة فى رى الجمار * وفيه أبواب	٥١
الباب الأول فى من نسى رى حصة من الجمار	٥٣
الباب الثانى فى من نسى جرة كاملة	٥٥
الباب الثالث فى من نسى رى جمار يوم	٥٥
الباب الرابع فى من نسى الجمار كلها	٥٥
الباب الخامس فى صفة الرى	٥٥
الافاضة	٥٦
دخول الحائض مكة	٥٧
افاضة الحائض	٦١
فدية ما أصيب من الطير والوحش	٦٣
فدية من أصاب شيأ من الجراد وهو محرم	٦٦
فدية من حلق قبل أن ينحر	٦٧
ما يفعل من نسى من نسكه شيأ	٧١
جامع الفدية	٧٢
جامع الحج	٧٦
حج المرأة بغير ذى محرم	٨٢
صيام المتمتع	٨٣
كتاب الضحايا	٨٣
النهى عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام	٨٦
ما يستحب من الضحايا	٨٨
ادخار لحوم الأضاحى	٩٣
الشركة فى الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة * وفيه بابان	٩٥
الباب الأول فيما يستحب من عدد الضحايا	٩٧
الباب الثانى فى من يجوز للإنسان أن يشركه فى أخيهته	٩٨
كتاب العقيدة وما جاء فيها	١٠١
العمل فى العقيدة	١٠٢
كتاب الذبائح وما جاء فى التسمية على الذبيحة	١٠٤
ما يجوز من الذكاة على حال الضرورة * وفيه أبواب	١٠٦
الباب الأول فى صفة المذكى	١٠٦
الباب الثانى فى صفة ما يذكى به	١٠٦
الباب الثالث فى صفة الذكاة	١٠٧
الباب الرابع فى بيان محل الذكاة	١٠٧

- ١١٤ ما يكره من الذبيحة في الذكاة
 ١١٦ ذكاة ما في بطن الذبيحة
 ١١٨ كتاب الصيد وترك أكل ما قتل المعراض والحجر * وفيه أبواب
 ١١٨ الباب الأول في صفة الآلة
 ١١٩ الباب الثاني في صفة الرمي والضرب
 ١١٩ الباب الثالث في صفة المرمى أو المضروب
 ١١٩ الباب الرابع في منتهى فعل الرمية والضربة
 ١٢٣ ما جاء في صيد المعلمات وفيه أبواب
 ١٢٣ الباب الأول في صفة الجارح
 ١٢٤ الباب الثاني في صفة الكلب المعلم
 ١٢٤ الباب الثالث في معنى الامساك
 ١٢٨ ما جاء في صيد البحر وفيه بابان
 ١٢٩ الباب الأول في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة
 ١٢٩ الباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله إلا بذكاة
 ١٣٠ تحريم أكل كل ذي ناب من السباع
 ١٣٢ ما يكره من أكل الدواب
 ١٣٣ ما جاء في جلود الميتة
 ١٣٨ ما جاء في من يضطر إلى أكل الميتة
 ١٤١ كتاب الأشربة * الحد في الخمر وفيه أبواب
 ١٤٢ الباب الأول في من يجب استنكاهه
 ١٤٢ الباب الثاني في من يثبت ذلك بشهادته
 ١٤٣ الباب الثالث فيما يجب بشهادة الاستنكاه
 ١٤٣ استشارة سيدنا عمر بن الخطاب في مقدار حد الخمر وفيه أبواب
 ١٤٤ الباب الأول في صفة الشهادة
 ١٤٤ الباب الثاني في صفة الضرب وما يضرب به
 ١٤٥ الباب الثالث في ما يضاف إلى الحد
 ١٤٥ الباب الرابع في تكرار الحد
 ١٤٦ الباب الخامس في ما يسقط الحد عن شارب الخمر
 ١٤٦ حد الأرقاء في الخمر * وفيه بابان
 ١٤٦ الباب الأول في صفة من يقيم الحد
 ١٤٦ الباب الثاني في صفة المحدود
 ١٤٨ ما ينهى أن ينبذ فيه
 ١٤٩ ما يكره أن ينبذ جميعا

صحيحة

- ١٥١ تحريم الخمر
 ١٥٣ جامع تحريم الخمر
 ١٥٩ كتاب الجهاد * الترغيب في الجهاد
 ١٦٥ النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو
 ١٦٦ النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو
 ١٧٢ ما جاء في الوفاء بالأمان وفيه أبواب
 ١٧٢ الباب الأول في صفة التأمين
 ١٧٢ الباب الثاني في وقت التأمين
 ١٧٣ الباب الثالث في صفة المؤمن
 ١٧٣ الباب الرابع فيما ثبت به الأمان
 ١٧٣ الباب الخامس في مقتضى التأمين
 ١٧٤ العمل فمين أعطى شيئاً في سبيل الله
 ١٧٦ جامع النفل في الغزو وفيه أبواب
 ١٧٦ الباب الأول في موضع قسمتها
 ١٧٧ الباب الثاني في بيان من إليه قسمة الغنمة
 ١٧٧ الباب الثالث في بيان ما يقسم من الغنمة وتمييزه مما لا يقسم
 ١٧٨ الباب الرابع في بيان من له حق في الغنمة
 ١٧٨ الباب الخامس في بيان قسم الغنمة
 ١٨٠ مسئلة وفيها أبواب
 ١٨٠ الباب الأول في صفة حضور القتال على المشهور من قول مالك
 ١٨٠ الباب الثاني فيما أحرز من الغنمة
 ١٨٠ الباب الثالث فيما يمنع استحقاق الغنمة
 ١٨١ الباب الرابع فيما ثبت به المعاني المؤثرة في منع الغنمة
 ١٨١ ما لا يجب فيه الخمس وحكم من وجد من العدو الخ * وفيه بيان
 ١٨١ الباب الأول في بيان حكمهم
 ١٨٢ الباب الثاني في بيان حكم ما وجد معهم من المال
 ١٨٣ ما يجوز للمسلمين أكله قبل الخمس
 ١٨٤ ما يرد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو
 ١٨٩ ما جاء في السلب في النفل
 ١٩٤ ما جاء في إعطاء النفل من الخمس
 ١٩٦ القسم للخيال في الغزو
 ١٩٨ ما جاء في الغلول
 ٢٠٤ الشهداء في سبيل الله

- ٢٠٩ ماتكون فيه الشهادة .
 ٢١٠ العمل في غسل الشهيد .
 ٢١١ ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله
 ٢١٢ الترغيب في الجهاد
 ٢١٥ ما جاء في الخيل والمسابقة بينها والنفقة في الغزو
 ٢١٩ احرار من أسلم من أهل الذمة أرضه * وفيه أبواب
 ٢١٩ الباب الأول في معرفة الصلح والعنوة
 ٢٢١ الباب الثاني في حكم أهل الصلح الخ
 ٢٢١ الباب الثالث في حكم انتقال الأملاك عنهم الخ
 ٢٢٢ الباب الرابع في ذكر أموالهم الخ
 ٢٢٣ الباب الخامس في حكم أموالهم إذا أسلموا
 ٢٢٥ الدفن في قبر واحد من ضرورة وانفاذاً بي بكر عدة النبي الخ
 ٢٢٨ كتاب النذور والایمان * ما يجب من النذور في المشي
 ٢٣٣ ما جاء في من نذر مشياً إلى بيت الله فعبّر
 ٢٣٩ العمل في المشي إلى الكعبة
 ٢٤٠ ما لا يجوز من النذور في معصية الله .
 ٢٤٣ اللغو في اليمين
 ٢٤٥ ما لا يجب فيه الكفارة من اليمين
 ٢٤٩ ما يجب فيه الكفارة من الایمان
 ٢٥٤ العمل في كفارة الایمان
 ٢٥٩ جامع الایمان
 ٢٦٤ كتاب النكاح * ما جاء في خطبة النساء
 ٢٦٦ استئذان البكر والأيم في أنفسهما
 ٢٧٥ ما جاء في الصداق والخباء
 ٢٩٢ ارشاء الستور
 ٢٩٣ المقام عند الأيم والبكر
 ٢٩٦ ما لا يجوز من الشروط في النكاح
 ٢٩٨ نكاح المحلل وما أشبهه
 ٣٠٠ ما لا يجمع بينه من النساء
 ٣٠٣ ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته
 ٣٠٧ نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه مما يكره
 ٣٠٩ جامع ما لا يجوز من النكاح
 ٣١٩ نكاح الأمة على الجرة

- ٣٢٤ ماجاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها
 ٣٢٥ ماجاء في كراهية اصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابنتها
 ٣٢٦ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه
 ٣٢٨ النهي عن نكاح اماء أهل الكتاب
 ٣٢٩ ماجاء في الاحصان * وفيه أبواب
 ٣٣١ الباب الأول في صفات المحصن
 ٣٣٢ الباب الثاني في وصف ما يكمل به الاحصان من العقود
 ٣٣٣ الباب الثالث في ذكر ما يقع به الاحصان من الجماع الخ
 ٣٣٣ الباب الرابع فيما يثبت به حكم الاحصان
 ٣٣٤ نكاح المتعة
 ٣٣٦ نكاح العبد * وفيه أبواب
 ٣٣٧ الباب الأول في ملك السيد نكاح العبد
 ٣٣٨ الباب الثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه
 ٣٣٩ الباب الثالث في حكم المهر والنفقة في نكاح العبد
 ٣٤٠ نكاح المشرك اذا أسلمت زوجته قبله
 ٣٤٧ ماجاء في الوليمة

﴿ الجزء الرابع من ﴾

كِتَابُ

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث

الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة

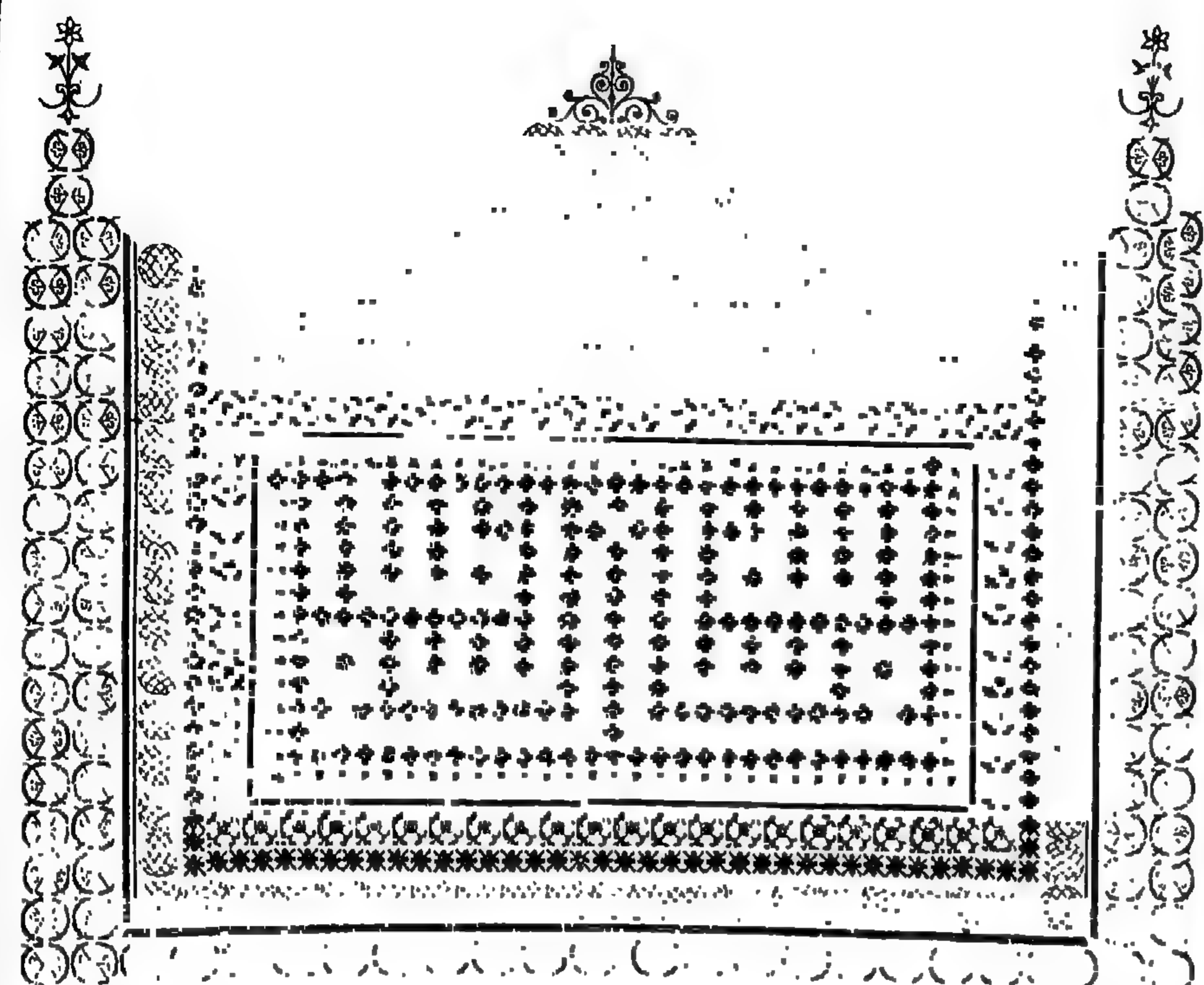
المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

رحمه الله ورضي عنه

« الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ »

منطبعة التبعاذه بكارمحا فطة بضر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الاسلامي
القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الطلاق
(ما جاء في البتة)

ص * مالك انه بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس اني طلقت امرأتى مائة تطليقة فاذا ترى على فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا * ش قوله طلقت امرأتى مائة تطليقة يحفل ايقاعها بجمعة ومفرقة ولا تأثير للزائد على الثلاث في جمعها الا ماله من التأثير في تفريقها وذلك انه اثم فيها ولا يعتد عليه بشئ منها ان جدد نكاحها بعد زوج وانما الذي فرق بينهما ان التي يطلقها واحدة بعد أخرى يتعين له التي يحرم بها عليه وهي الثلاث الاولى وما بعدها من الطلاق فاما يتناول امرأة أجنبية لا يتعين بها طلاق والذي يجمع لا يتعين له الثلاث التي تحرم بها عليه وهذا التأثير له في الحكم الا في الاستثناء وهو اذا قال لها طلقتك مائة الا تسعة وتسعين وقدر روى عن سحنون انها بائن منه بثلاث و روى عنه انه قال لا يقع عليها الا طلقة واحدة فن جعل ما زاد على لفظ الثلاث ليس له غير حكم الثلاث ألزمه الثلاث بمنزلة قوله أنت طالق ثلاثا الاثلاثا ومن جعل للفظ المائة تأثيرا جعل لما زاد من الاستثناء على الثلاث تأثيرا فلم يبق من الطلاق الا واحدة (باب ما يجوز ايقاعه من الطلاق)

يعتبر بثلاثة معان العدد والصفة والزمان قال القاضي أبو محمد الطلاق على ثلاثة أضرب طلاق سنة وطلاق بدعة وطلاق لا يوصف بسنة ولا بدعة قال ومعنى قولنا طلاق سنة انه أوقع على الوجه الذي

بسم الله الرحمن الرحيم
* كتاب الطلاق *
(ما جاء في البتة)
* حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه أن رجلا قال لعبد
الله بن عباس اني طلقت
امرأتى مائة تطليقة فاذا
ترى على فقال له ابن عباس
طلقت منك بثلاث وسبع
وتسعون اتخذت بها
آيات الله هزوا

ورد الشرع بإيقاعه عليه ومعنى وصفنا بأنه للبدعة أنه أوقع على غير الوجه الذي ورد الشرع بإيقاعه عليه* والضرب الثالث فممن عقد إيقاع الطلاق عليها في جميع الأحوال وهذه الثلاثة الأقسام تصح من جهة الزمان فإما من جهة العدد والصفة فلا يكون الاقسمان سنة وبدعة وبطل القسم الثالث فإما العدد فإنه لا يحل أن يقع أكثر من طلاق واحدة فن أوقع طلقتين أو ثلاثا فقد طلق بغير السنة وقال الشافعي موقع الثلاث جملة مطلق للسنة والدليل على ما نقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بعروف أو تسريح بإحسان ولا يخلو أن يكون أمر بصفة الطلاق والأمر يقتضي الوجوب أو يكون إخبارا عن صفة الطلاق الشرعي ومن أصحابنا من قال إن الألف واللام تكون للحصر وهذا يقتضي أن لا يكون الطلاق الشرعي على غير هذا الوجه فإن قيل المراد بذلك الإخبار عن أن الطلاق الرجعي طلقتان وإن ما زاد عليه ليس برجعي قالوا بديل على ذلك أنه قال بعد ذلك فإمساك بعروف أو تسريح بإحسان ثم أفرد الطلقة الثالثة لما لم تكن رجعية وفارق حكمها حكم الطلقتين فقال فإن طلقها فلا تلحق له من بعد حتى تنكح زوجا غيره إذا كان المراد ما ذكرناه من الإخبار عن الطلاق الرجعي لم يبدل ذلك على أن هذا هو الطلاق الرجعي دون غيره* فالجواب أن هذا أمر ضمير في الكلام مع استقلاله دون غيره دليل لأنكم تضمرون الرجعي وتقولون معناه الطلاق الرجعي مرتان وإذا استقل الكلام دون ضمير لم يجز تعديها إلا بدليل* وجواب ثان وهو أنه لو أراد الإخبار عما ذكرتم لقال الطلاق طلقتان لأن ذلك يقتضي أنه الطلاق الرجعي أو فممن مجتمعتين أو مفترقتين فلما قال مرتان ولا يكون ذلك إلا بإيقاع الطلاق انما ثبت أنه قصد الإخبار عن صفة إيقاعه لا الإخبار عن عدد الرجعي منه فإن قالوا إن لفظ التكرار إذا علق باسم أريد به العدد دون تكرار الفعل يدل على ذلك قوله تعالى نوتها أجرها مرتين لم يرد تفريق الأجر وإنما أراد تضعيف العدد* فالجواب أن قوله نوتها أجرها مرتين حقيقة فيما ذكرناه من تكرار الفعل دون العدد ولا فرق في ذلك بين أن يعلق على فعل أو اسم يدل على ذلك أنك تقول لقيت فلانا مرتين فيقتضي تكرار الفعل وكذلك قوله دخلت مصر مرتين فإذا كان ذلك أصله وحقيقته ودل الدليل في بعض المواضع على العدول به عن حقيقته واستعماله في غير ما وضع له لم يجز حمله على ذلك في موضع آخر إلا بدليل وجواب آخر وهو أن الفضل قال معنى نوتها أجرها مرتين مرتين بعد مرة في الجنة فعلى هذا لم يخرج اللفظ عن بابها إلا عدل به عن حقيقته وإن قلنا إن معنى التضعيف في ماله وأجره فالفرق بينهما أن قوله تعالى نوتها أجرها مرتين يفيد التضعيف وينبغي الاقتصار على ضعف واحد ولو كان معنى قوله تعالى الطلاق مرتان يريد به التضعيف لمنع من إيقاع طلقة واحدة والابطال معنى التضعيف وهذا باطل باتفاق ودليلنا من جهة السنة ما روى مخزومة بن بكير عن أبيه قال سمعت محمد بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقال فعلته لأعبائهم قال تلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى ذو عدد يقتضي بينونة فوجب تحريره كاللعان (فرع) إذا ثبت ذلك فن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة لزمه ما أوقعه من الثلاث وبه قال جماعة الفقهاء وحكى القاضي أبو محمد في إشرافه عن بعض المبتدعة يلزمه طلقة واحدة وعن بعض أهل الظاهر لا يلزمه شيء وإنما يروى هذا عن الحجاج بن أرطاة ومحمد بن إسحق والدليل على ما نقوله إجماع الصحابة لأن هذا مروي عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم ولا يخالف لهم وما روى عن ابن

عباس في ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين هو وهم وقبر وى ابن طاوس عن أبيه عن ابن وهب خلاف ذلك وإنما وقع الوهم في التأويل يقال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي أن الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة فقد رواه عنه الأئمة معمر وابن جريج وغيرهما وابن طاوس امام الحديث الذي يشيرون اليه هو مار واه ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلاق الثلاث واحدة فقال عمر رضى الله عنه قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلاقاً واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات ويدل على صحة هذا التأويل أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة فأنكر عليهم أن أحدثوا في الطلاق استعجالاً أمر كانت لهم فيه اناة فلو كان حالهم ذلك من أول الإسلام في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ما قاله ما عاب عليهم أنهم استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة ويدل على صحة هذا التأويل ما روى عن ابن عباس من غير طريق أنه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها بجمعة فإن كان هذا معنى حديث ابن طاوس فهو الذي قلناه وإن حمل حديث ابن طاوس على ما يتأول فيه من لا يعاب بقوله فقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة وانعقد به الإجماع ودليلنا من جهة القياس أن هذا طلاقاً أوقعه من يملكه فوجب أن يلزمه أصل ذلك إذا أوقعه مفزاً (مسئلة) إذا ثبت ذلك فسنة الطلاق أن يطلقها طلاقاً واحدة ثم يملكها حتى تنقضي عدتها إن أراد أمضاء الطلاق فإن طلقها في القرء الثاني طلاقاً وفي القرء الثالث طلاقاً فان الطلقتين المتأخرتين ليستا لسنة وقال أبو حنيفة إن طلاق السنة أن يطلقها في كل قرء طلاقاً فتنقضي عدتها وقد طلقها ثلاثاً وقد قال أشهب لا بأس به ما لم يرجعها في خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يحق له ذلك لما يريد من تطويل العدة فوجه قول مالك قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهذا يقتضي إيقاع طلاق يعتد به والطلاق الثانية لأعدة لها فلا يتناولها الأمر بصفة الطلاق ومن جهة القياس أن هذا طلاقاً في مدخول بها لا يوجب عدة فلا يكون للسنة أصل ذلك إذا طلق الثلاث بلفظ واحد فإن الثانية والثالثة ليستا لسنة لما لم توجب عدة إذا ثبت ذلك فقد قال ابن الموارز طلاقاً في كل طهر أحب إلى من طلقتين في مجلس وهذا إنما هو بمعنى أن أحد الأمرين أشد من الآخر (مسئلة) وأما اعتبار السنة من جهة الزمان فإن يطلق المدخول بها الحامل التي تجري حيضتها على المعتاد في طهر لم تمس فيه ولا عقيب حيضة طلق فيها وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وقوله رضى الله عنه طلقت منك بثلاث يريد أن الثلاث تعلقت بها دون ما زاد على ذلك فإنها لا تتعلق لها بها وإذا طلقت منه بثلاث وكان للثلاث تعلق بها وتأثير في نكاحها فقد انقطعت العصمة بينهما ونفذاً كان له فيها من الطلاق وبذلك لم يتعلق بها ما زاد على الثلاث فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره على ما قدمناه

(فصل) وقوله رضى الله عنه وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله عز وairيد أنه أتى بها تلاعباً واستهزاء ومخالفة لما أتت به آيات الله من أن الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان وهي الثالثة عند كثير من العلماء ومن قال به قتادة وقد قال غيره أن الثالثة قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإذا كان الباري تعالى قد نص في كتابه الكريم على أن الطلاق ثلاث ثم طلق رجلاً أكثر من ثلاث فقد خالف كتاب الله وقصد الاستهزاء والتلاعب

والله أعلم ص **﴿** مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن مسعود فقال اني طلق امرأتى ثمان تطليقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لي انها قد بانت مني فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه لا تلبسوا على أنفسكم وتعمله عنكم هو كما يقولون **﴿** ش قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ماذا قيل للسائل عن طلاقه ثمانيا يحتمل أن يكون ليرى أقوال الناس في ذلك ويعلم اتفاقهم من اختلافهم وربما كان للمفتي في ذلك شيء إلى أمر أغفله وان وجد العلماء قد خالفوا ما ظهر إليه جملة ذلك على إعادة النظر والزيادة في الاجتهاد والتثبت وان رأى الفقهاء قد وافقوا رأيهم في نفسه وظهر إليه وشكر الله تعالى على ما أعانه عليه وأظهر الموافقة والتصحيح لقول العلماء ولذلك قال عبد الله بن مسعود صدقوا فاطهر تصديقهم وموافقهم

* وحدثني عن مالك أنه

بلغه أن رجلا جاء إلى عبد الله بن مسعود فقال اني طلق امرأتى ثمان تطليقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لي انها قد بانت مني فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه لا تلبسوا على أنفسكم وتعمله عنكم هو كما يقولون * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز قال له البتة

(فصل) وقوله رضي الله عنه من طلق كما أمره الله فقد بين الله له يردان سنن الطلاق بينة قدينيها الله عز وجل في كتابه لا يحتاج العامل بها ولا المفتي فيها إلى بحث ولا نظر ولا اجتهاد فن أطاع الله تعالى في طلاقه وأوقعه على حسب ما أمر به فهو بين واضح ان كان ممن يقرأ القرآن بان له من نصه وان كان ممن لا يقرأ أولا يفهمه سؤال عن ذلك فاخبر عن أمر واضح بين لا يحتمل الزيادة ولا النقص

(فصل) وقوله رضي الله عنه ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه به يردانه من تعدى الواضح من أمر الله تعالى في الطلاق فقد لبس على نفسه ودخل في أمر متلبس مشتبه يحتاج المفتي فيه إلى البحث والاجتهاد ولا يتضح له مع ذلك الحكم كوضوح المنصوص عليه فيجعل لبسه به ويغفل عليه وذلك من وجهين أحدهما انه متى ترددت الأدلة بين التحريم والاباحة ولم يكن وجه الحكم بينا غلب التحريم والمنع والثاني ان الطلاق المباح هو الذي يقتضي التحقيق فن خالفه إلى الطلاق الممنوع المحرم اقتضى التغليظ عليه والتغليظ في الطلاق معناه الإلزام

(فصل) وقوله رضي الله عنه لا تلبسوا على أنفسكم وتعمله عنكم هو كما يقولون يردان من طلق على غير ما أمره الله به ولبس على نفسه فان المفتي لا يتحمل له ما شبه عليه ولا يقع هذا ثلاث تطليقات في لفظ واحد فيقول له المفتي انها طلاق واحدة حتى يفرقها لان جمع الطلاق ليس في كتاب الله تعالى وانما يقتضي ظاهر القرآن تفريقه لقوله تعالى الطلاق مرتان فن لبس على نفسه بايقاع الطلاق بلفظة واحدة جعل ذلك بمعنى انه ألزم الثلاث وقد روى مجاهد قال سئل عبد الله بن عباس عن رجل طلق امرأته ثلاثا فأتاها فوجدها حرة حتى بلغ يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلا أجسدك مخرجا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء علق الطلاق على جملة المرأة فقال أنت طالق أو فلانة طالق أو على جزء منها فقال يدك طالق أو شعرك طالق وهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يلزمه الطلاق

الافى خمسة أعضاء الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج والدليل على ما نقوله انه جزء متصل بها اتصال خلفه فوجب وقوع الطلاق عليه كوقوعه على الجملة أصل ذلك اذا أوقعه على أحد الأعضاء الخمسة (فرع) اذا ثبت ذلك فأى عضو علق به الطلاق لزم وقد اختلف أصحابنا في الشعر والكلام فقال سحنون تعليق الطلاق أو العلق بالشعر غير لازم وكذلك الكلام ورواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم قال وكذلك من قال سعالك على حرام قال وروى عن أشهب انه لازم ووجه القول الأول انه مما لا تحله الحياة ووجه الرواية الثانية انه مما يقع به الالتذاذ على وجه الاستمتاع فأشبهه الوجه واليدين ص **﴿** مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم ان عمر بن عبد العزيز قال البتة

ما يقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفاً ما أبقت البتة منه شيئاً من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى ✽ ش قول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه البتة ما يقول الناس فيها سؤال لأصحابه ومن حضر مجلسه من العلماء عما بلغهم من أقوال الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم وقد اختلفوا في ذلك اختلافاً شديداً وذلك أن المتأخرين من الفقهاء قالوا إن الطلاق على ضربين صريح وكناية فذهب القاضي أبو محمد إلى أن الصريح ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان مثل أن يقول أنت طالق وأنت مطلقة أو قد طلقتك أو الطلاق له لازم وما عدا ذلك من ألفاظ الطلاق مما يستعمل فيه فهو كناية وبهذا قال أبو حنيفة قال القاضي أبو الحسن صريح الطلاق ألفاظ كثيرة وبعضها أبين من بعض الطلاق والسراح والفراق والحرام والخلية والبرية وقال الشافعي الصريح ثلاثة ألفاظ وهو ما ورد به القرآن من لفظ الطلاق والسراح والفراق ووجه المسئلة عندي على مطلق الكلام فيها أن الصريح في كلام العرب على وجهين أحدهما أن يريد بالصريح الخالص الذي يستعمل في الطلاق دون غيره أو وضع له دون غيره ولذلك روي في الحديث هذا صريح الإيمان أي خالصة والوجه الثاني أن يريد بالصريح البين من قولهم صرح فلان بالقول إذا بينه وقصد الأخبار عنه فإذا قلنا إن معنى الصريح الخالص فعني قولنا صريح الطلاق أن هذا اللفظ وضع لهذا المعنى دون غيره أو يستعمل فيه دون غيره فإن الصريح لفظ الطلاق خاصة لأنه موضوع له دون غيره ويكون معنى كنيات الطلاق ما وضع له أو لغيره أو يستعمل في هذا المعنى وفي غيره كلفظ سرحتك وفارقتك وخليتك وباريتك وبتت منك (فصل) فإن قلنا إن معنى الصريح البين فإن الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيراً كفارقتك وسرحتك وخليتك وبتت منك وأنت حرام لأن هذه الألفاظ وإن استعملت في الطلاق وغيره إلا أنه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به فصارت بينة واضحة في إيقاع الطلاق كالفائض الذي وضع للطمث من الأرض ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له وكذلك في مسئلتنا مثله

(فصل) إذا ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا في البتة فروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال هي واحدة وبه قال أبان بن عثمان وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه هي ثلاث وروى أيضاً عن عمرو بن قنبر الزهري وعمر بن عبد العزيز والدليل على أنها لا تكون الاثلاث في المدخول بها ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة فزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإن ما معه الا مثل الهدية وأخذت هدية من جلبابها فقال تريدن أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك فوجه الدليل من هذا الحديث أنها قالت كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة ثم أجابها أنها لا ترجع إليه حتى يمسه غيره وهذا يقتضي أن هذا حكم طلاق البتة ولو اختلف حكم البتة لما منعها حتى سألتها عن أي أنواع البتة كان طلاقها ياها ودليلنا من جهة المعنى أن معنى البتة القطع وهذا يقتضي قطع العصمة بينهما والمبالغة في ذلك ولذلك يقال ما بقي بينهما شيء البتة يريدون المبالغة في قطع ما كان بينهما وإذا كان ذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها فلا يكون ذلك في المدخول بها الا بالثلاث وأما قبل الثلاث فله الرجعة عليها والميراث بينهما فلا يوجد فيه معنى البتة والنطع لما بينهما ولذلك قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه لو كان الطلاق ألفاً ما أبقت البتة منه شيئاً

ما يقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفاً ما أبقت البتة منه شيئاً من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى

(فصل) وقوله رضى الله عنه من قال البتة فقد رى الغاية القصوى يريدانه من قال البتة في طلاقه فقد بلغ أقصى الغايات في الطلاق ومنع التراجع الذي لا يوصف الفرقة التي لا تمنع بالبتة وهذا المعنى من المبالغة في ذلك لا يكون الا بالثلاث ويدل على أنه قدرى الغاية القصوى على ما قاله عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ان ذلك مقتضى البتة وعلى ذلك يستعمل هذه اللفظة الناس في الطلاق وغيره في الجواز والمنع فيقول القائل لا أفعل ذلك البتة ومعناه انه لا سبيل الى مخالفة قوله ولا الى العدول منه بوجه وكذلك من قال أنت طالق البتة معناه طلاقا لا سبيل فيه الى مراجعة الزوجة وذلك لا يكون الا بالثلاث ص * مالك عن ابن شهاب ان مروان بن الحكم كان يقضى في الذي يطلق امرأته البتة انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى في ذلك * ش قوله ان مروان بن الحكم كان يقضى في البتة بالثلاث يقتضى تكرار هذا القضاء منه وعلى هذا الوجه يستعمل هذا اللفظ فحين يكثر منه الفعل وانما استظهر مالك بذلك لان مروان كان أميراً بالمدينة في زمان جماعة من الصحابة وأجله التابعين وعلمائهم وكان لا يقضى الا عن مشورتهم وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم فاذا تكرر قضاؤه في البتة انها ثلاث دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم والمعمول به من مذاهبهم أو انه الذي اتفق عليه جميعهم والله أعلم (مسئلة) وهذا في المدخول بها فأما غير المدخول بها فان نوى الثلاث أو لم ينو شيئاً فلا خلاف في المذهب انها ثلاث وان نوى واحدة فهل ينوى أو لا فيه روايتان احدهما لا ينوى وتزعم الثلاث وبه قال سحنون وابن حبيب والرواية الثانية أنه ينوى وبها قال مالك فالرواية الاولى مبنية على أن البتة لا تتبع ولا يصح الاستثناء منها وهو معنى قول أصبغ في العتية ونص عليه سحنون في المجموعة والرواية الثانية مبنية على أنها تتبع ولا يصح الاستثناء منها وقد روى عنه في العتية ورواه سحنون عن العتبي وعلى هذا الاختلاف يجب أن يجري القول في الخلع وكل طلاق لا تتبعه رجعة بوقوعه الزوج باختياره والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا انه ينوى في غير المدخول بها فانه يحلف انه ما أراد الا واحدة في البتة والبائنة والخلية والبرية قال سحنون انما يحلف اذا أراد نكاحها وليس عليه يمين قبل ارادة النكاح ونحوه قال ابن الماجشون ووجه ذلك انه لا معنى ليمينه قبل ذلك الوقت وانما يحتاج اليه عند النكاح لما يريد من استباحتها فيحلف ليتوصل بذلك الى استباحتها والله أعلم

* ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك *

ص * مالك انه بلغه انه كتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق أن رجلاً قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى عامله أن مره يوافيني بمكة في الموسم فيينا عمر يطوف بالبيت اذلقه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذي أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استخلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت * ش قوله انه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق على حسب ما يلزم من مطالعة رأى الامام العليم بما يقع للناس من المسائل التي لم يتقدم فيها قول أو تقدم فيها الخلاف وفيها اشكال ولم تقرر أحكامها بعد ولا اتضح وجه الحكم فيها فكتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق في الرجل الذي قال لامرأته حبلك على غاربك وكتب عمر بن الخطاب الى عامله يأمره أن يوافيه في الموسم وهذا مما يجب

* وحدثني مالك عن ابن شهاب أن مروان بن الحكم كان يقضى في الذي يطلق امرأته البتة أنها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى في ذلك * ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك * حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أنه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق أن رجلاً قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب الى عامله أن مره يوافيني بمكة في الموسم فيينا عمر يطوف بالبيت اذلقه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذي أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استخلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت

على المفتي والناظر في أمور المسلمين أن يفعلوه إذا أشكلت عليه مسألة أن يشخص من نزلت به ويسأله ويناجيه عن فصولها والمعاني التي تتعلق بالحكم بها ويختلف باختلافها فإنه أقرب له إلى أن يتبين من قوله ما يستعين به على فهم مسألة أو يعظه ليقرر بجميعها ولا يكتف شيئا منها ولعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه إنما وقت له الموسم لأنه أيسر على القاصد في وروده وانصرافه ويضيف إلى ذلك عمل الحج وتحصيل عبادة في الموسم أن تيسر ذلك له ولو أنشخصه إلى موضع آخر لم يحصل له من ذلك ما يحصل لمن يقصد مكة ويحتمل أيضا أنه قصد المبالغة في وعظه واستخبار جليته ما عنده باستحلافه على ذلك عند البيت لما يتعين من تعظيم المسلمين له

(فصل) وقوله فيينا عمر يطوف بالبيت اذ لقيه رجل فسلم عليه طاعة له وامتنالا لأمره بان يوافيه في الموسم فلما أنكر عمر رضي الله عنه قصده أياه بالسلام على وجه ما يفعله من قصده وأراد مكالمته واعلامه بنفسه قال له من أنت فأعلمه بأنه الرجل الذي أمر أن يوافيه في الموسم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أسألك برب هذه البنية هكذا رواه قوم البنية وهو اسم واقع على كل مبتنى لكنه خص البيت بالإشارة إليه كما قال ورب هذا البناء وروي برب هذه البنية على مثل فعلية قال ابن السكيت البنية الكعبة يقال لا ورب هذه البنية ما كان كذا وكذا وقوله رضي الله عنه ما أردت بقولك حبلك على غاربك لما علم من تعظيم المسلمين للبيت وصدق كثير ممن يستبجح الكذب في غير ذلك الموضع إذا استخلف فيه فقال الرجل لو استخلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك اخبار عن تعظيمه للقسم في هذا الموضع وأنه يلتزم من البر في حلفه عنده ما يلتزم في غيره ولعله كان يمنع من صدقه ندمه على الطلاق وفرط محبته لمن طلق ثم قال له أردت بها الفراق فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو ما أردت يريد أنه ألزمه الفراق وحكم به عليه ولم يبين في الحديث مقدارا أهو طلاق واحدة رجعية أو طلاق واحدة لا رجعة فيها لأنه آخر ما بقي له فيها أو ثلاث تطليقات ولفظ الفرقة عند مالك ثلاث لا ينوي في المدخول بها رواه أشهب عن مالك في العتية قال فان لم يدخل بها فعسى أن تكون واحدة ولو ثبت عندي أن عمر رضي الله عنه قال ينوي ما خالفته وقد قال بعض أصحابنا العراقيين يحتمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه في التي لم يدخل بها ولم يذكر في الحديث بنى بها أو لم يبن فهو محتمل وهذا يقتضي أنه حل قول عمر رضي الله عنه في الفرقة على أنها واحدة وقول مالك لو ثبت عندي أنه نواه ما خالفته يحتمل معنيين أحدهما أنه من أهل اللغة وهو أعلم بما يقتضيه هذا اللفظ فان كان هذا اللفظ يقتضي عنده أن ينوي لما خالفه العرب لأن العرب لا تخالف في اللغة لاسيما مع ما يقتضون بذلك من علم عمر رضي الله عنه ودينه وفقهه والمعنى الثاني أن يكون الأمر فيه بعض الاشكال ولا يرجح بين أن ينوي به أو لا ينوي به ويرجح عنده الآن أنه لا ينوي به في المدخول بها فلو صح عنده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نواه في مثل هذه القصة التي قد شاعت لترجح عنده هذا القول وظاهر قصة عمر عندي يقتضي أنها كانت فحين لم يبق له الاطلاق واحدة أو فحين كان له فيها جميع الطلاق فالزم الثلاث وذلك مقتضى مذهب مالك فحين قال لا أمر أنه حبلك على غاربك ووجه ذلك أن الحبلى هو الذي كان يبدأ الزوج منها وذلك كناية عن عصمة الزوجة وملكها فاذا قال لها حبلك على غاربك فقد أقر بخروجه عن يده وكونه يبيدها وذلك يقتضي أن يكون طلاقه لا رجعة فيه لأنه ان كان له فيها رجعة فليس حبلا على غاربها بل هو يبيده ويرتجعها متى شاء وخروج الملك من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون الا بالثلاثة وبآخر الطلاق وقال أبو بكر

ابن الانباري الغارب من البعير أسفل السنام وهو ما انحدر من العنق وقال أبو العباس كانت العرب في الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام ومعناه أمرك في يدك فاصنع ما شئت فقد انقطع سببك من سببي

(فصل) وظاهر قول الرجل لو استعلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك يدل على البيئونة وانقطاع ما بينهما ولو كان انما ألزم طلقه بعدها رجعة لكان التزامها أسهل عليه من أن يشخص من العراق يستعلف عند البيت عما أراد ويصرح عن نفسه بأنه لو استعلف في غير هذا الموضع ما صدق (فصل) وأما استعلاف عمر رضي الله عنه أياه فليس على معنى استعلاف من ينوي أنه ما أراد إلا واحدة لأن ذلك لا يستعلف الا اذا أراد ارتجاعها وانما استعلافه على معنى الاستعلاف للاقرار بالحق فان أقر به أمضاه عليه باقراره وان أنكره وحلف على ذلك لم يعرج على يمينه ولا قضى بها ونظر الى ما يلزمه في صريح الحق ولذلك لم يجاب بالخالف بأنه أراد واحدة أو اثنتين وانما أجابه بأنه أراد الطلاق وقد يلزم المفتي أن يفعل مثل هذا بالمستفتي في الحلال والحرام أن يعظه ويذكره ويعظم عليه حقوق الله تعالى ومحارمه ليستدعي بذلك اقراره بالحق فان أقر بالحق سهل بذلك عليه طريق الفتوى وكان ذلك أقوى للمسئلة في نفسه وان تمادى على الانكار أفتى عليه بما يؤديه اليه اجتهاده والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى في ذلك * ش قوله رضي الله عنه في الحرام انها ثلاث تطليقات هو قول زيد بن ثابت وقد روى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قضى بها في عدى بن قيس الكلبي وقال له والذي نفسي بيده لئن مسستها قبل أن تزوج غيرك لأرجنك وهذا الذي ذهب اليه مالك انها في المدخول بها ثلاث نوى واحدة أو ثلاثا وان زعم انه لم ينو طلاقا لم يصدق وقال الشافعي لا يكون طلاقا حتى ينوي الطلاق فيكون منه ما أراد من واحدة أو ثلاث وان أراد تحريمها من غير طلاق فعليه كفارة يمين وليس بمول والدليل على ما نقوله أن هذا لفظ جرى عرف الاستعمال له على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا أصل ذلك لفظ الطلاق ولا تجب به كفارة يمين لأنه لفظ مفسر عرا عن القرية واليمين فلم تجب به كفارة يمين أصل ذلك لفظ الطلاق ودليل آخر وهو أن هذا لفظ طلاق فلم تجب به كفارة يمين على الاطلاق وأصل ذلك لفظ الطلاق (مسئلة) فان قال نويت واحدة فقد تقدم من قول مالك أنه لا ينوي في المدخول بها ويلزمه الثلاث وقال الثوري والاوزاعي والشافعي ان نوى واحدة فهي واحدة والدليل على ما نقوله أن الواحدة لا تحرمها بل له ارتجاعها وانما تحرمها الثلاث فاذا كان اللفظ الذي هو التحريم انما يقتضي معنى الثلاث حل على ذلك ولم يصدق في قوله أردت الواحدة وهي لا تحرمها وذلك أن لفظ التحريم انما يقتضي قطع العصمة وتحريم الزوجية بينهما وذلك لا يكون في المدخول بها الا بالثلاث ولذلك يقال في ذوات المحارم هي محرمة عليه وهي لا تحل له والمراد بذلك أنه لا يحل أن يكون بينهما زوجية يدل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في بنت أبي سلمة انها لم تكن ربيتي في حجرى لم تحل لي انها لابنة أخي من الرضاعة أَرْضَعْتَنِي وَايَا عَائِثَةَ وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَ التَّحْرِيمِ مُقْتَضَاهُ تَحْرِيمُ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ تَحْرِيمُ عَقْدِ النِّكَاحِ مَا رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ قَالَ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا ان الطَّلَاقَ الْوَاحِدَةَ تَبَيَّنَا وَالثَّلَاثَ تَحْرِمُهَا فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَعْنَى التَّحْرِيمِ مَنَعُ عَقْدِ النِّكَاحِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالثَّلَاثِ وَلَوْ أَرَادَ تَحْرِيمَ

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى في ذلك

الوطء لكان معناه معنى البينونة الواقعة في غير المدخول بها بالطلق الواحدة وقد روى مثل هذا عن أبي هريرة وابن عباس وهم من أهل اللسان فان قيل فانه يقال وطؤها عليه حرام والمطلقة الرجعية عندكم وطؤها حرام فيصح أن يريد ذلك بقوله أنت على حرام فالجواب أن هذا غير صحيح لانه انما يقال وطؤها على حرام اذا عين الوطء وأما اذا علق التحريم عليها فلا يصح أن يراد به الا التحريم المعروف ولذلك لا يقال في الحائض والمحرمه والصائمة هي من ذوى محارم ولا هي عليه حرام ويقال وطؤها عليه حرام ووجه آخر وهو أن قوله أنت على حرام انما يقتضى انها حرام عليه حين نطقه بذلك والرجعية ليست بحرام لان استباحتها اليه ومن ملك استباحة شيء لم يوصف بأنه حرام عليه ولذلك لا يقال في الانسان ملك غيره حرام عليه لما كان أخذه مباحا له وان كان لا يملكه قبل أخذه ولا يصح أن يصف نائته ولا شاته بأن لم يحرم عليه وان كان لا يجوز له أن يأكلها الا بعد الذبح وأمره موقوف على اختياره وتوصف الميتة بأن لم يحرم حرام عليه (فرع) فاذا قلنا ان لفظ التحريم يقتضى ذلك فانه يقتضى في ذوات المحارم التحريم المؤبد لان معنى التحريم انما يقتضى تحريمها على الحال التي هي عليها يوم النطق به وهي عارية عن الزوجية فاقضى وصفها بأنها حرام بتحريم عقد النكاح عليها واستباحتها لان بذلك تتميز ممن ليست بحرام ممن هي على صفتها في التعري من الزوجية وأما الزوجية فان اطلاق هذا اللفظ فيها يقتضى أحد أمرين اما أنه لا يحل له عقد نكاح عليها وهذا يقتضى إيقاع الثلاث في المدخول بها وغيرها والثاني ان هذا التحريم متعلق بما أباحت الزوجية له وما ملكته اياه من ملك العصمة والوطء وضروب الاستمتاع والتوارث بحق النسب وثبوت أحكام الزوجية من ملك الطلاق والظهار والايلاء واللعان والرجعة ووجوب النفقة عليها وهذا يحصل في غير المدخول بها بالواحدة وأما في المدخول بها فلا يحصل ذلك الا بإيقاع ما يملك فيها من الطلاق ولا يصح أن يراد بذلك تحريم الوطء لما قدمناه من أنه لا يوصف بالتحريم ما يملك استباحته متى شاء ويحتمل أن يصرف هذا اللفظ الى ذلك الآن هذا أظهر فيما ذكرناه واذا كان فيه أظهر وجب أن يعمل عليه لاسيما اذا قال لم أبق عددا من الطلاق (فرع) وأما غير المدخول بها فان مالكا ينوي وقوله أردت واحدة ويعمله على الثلاث اذا لم ينو عددا لانها تحرم بالواحدة بخلاف المدخول بها وهذا على ما تقدم من أن تعليق التحريم عليها انما ينصرف الى تحريم ما استباحه بالنكاح منها وذلك يكون في غير المدخول بها بالطلق الواحدة وقد رأيت لبعض أصحابنا ان الحرام في غير المدخول بها لا يكون ثلاثا ولا ينوي في ذلك كالمدخول بها وعلى هذا يعمل قوله أنت على حرام على انه يقتضى أن تحريم عقد النكاح عليها كتحريم ذوات المحارم فيلزم هذا التحريم بالقول ويزول بدخول الزوج بعده ولا يزول تحريم ذوات المحارم لانه ثابت بالشرع فعلى هذا يلزم في غير المدخول بها الثلاث وان زعم انه نوى واحدة لان التحريم الذي يلزم بالطلاق الثلاث ليس هو التحريم الذي يلزم بالواحدة في غير المدخول بها لان ذلك تحريم يزيله عقد النكاح وتحريم الثلاث لا يزيله عقد النكاح وان كانت خالية من زوج (فرع) فاذا قلنا ينوي في غير المدخول بها ولا ينوي في المدخول بها فلو حلف قبل البناء وحنت بعده ففي كتاب ابن سحنون من حلف بالحلال عليه حرام قبل البناء وحنت بعده ونوى واحدة وقامت بينة بالحنث بعد البناء لا ينوي لانه يوم الحنث ممن لا ينوي ووجه ذلك أن الممين انما تعتد ويقع الطلاق بها يوم الحنث فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم قال ابن سحنون وقد قال بعض أصحابنا الا أن تعلم ذلك منه البينة قبل البناء فلا يلزمه الا طلقه وله الرجعة وقال

سمعون اذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية ثم حنث بعد البناء فقال نويت واحدة فله ذلك وله الرجعة ووجهه ان الاعتبار باليمين يوم أوقعت لا يوم الحنث بدليل انه ان كان يوم اليمين بصفة من لا يلزمه اليمين لم يلزمه يمينه وان كان يوم الحنث بصفة من تلزمه ولو كان يوم اليمين بصفة من تلزمه الايمان وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه اليمين لذهب عقله أو غيره لزمت اليمين ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما * ش قوله رضى الله عنه في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات هذا المشهور من مذهب مالك رحمه الله وبه قال علي بن أبي طالب وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ولم ينوه مالك في المدخول بها وقد روى أبو الفرج عن أشهب عن مالك في الخلية والبرية انه ينوى في المدخول بها وقال الشافعي هي ما نوى أقل من ثلاثة فهي رجعية وهو نحو رواية أشهب وقال أبو حنيفة في الخلية والبرية والبائن اذا أراد طلاقاً فواحدة بآئن والدليل على ما نقوله من لزوم الثلاث ان معنى الخلية التي خلت من الأزواج ولذلك لا يستعمل في الرجعية لان الرجعية ذات زوج وكذلك معنى البرية هي التي برئت من عصمة الزوجية لان كلام الزوج راجع الى ذلك لانه لم يطلبها بدین فيرجع قوله برية اليه واذا كان مقتضى اللفظ ازالة العصمة وذلك لا يكون في المدخول بها الا بالثلاث وجب أن يحمل عليه ووجه قول أشهب أن يريد بقوله خلية وبرية انها قد خلت من الزوجية التي تملك بعقد النكاح وبرئت منها لانه اليوم لا يملك منها ما كان يملكه بالزوجية مع أن هذا اللفظ جار الى الينونة بانقضاء العدة فاذا احتمل ذلك جاز أن يحمل عليه ويصدق فيه وهذا بعيد في معنى اللفظ أن المطلقة الرجعية لم تبين عن عصمة الزوج لانه يملك اجبارها على الزوجية وأحكام الزوجية كلها ثابتة بينهما واذا قلنا برواية أشهب يحتمل أن يريد به واحدة بآئنة ويحتمل أن يريد به رجعية والأظهر من معنى اللفظ أن تكون بآئنة لان الرجعية لم تبتر من الزوجية ولا خلت منها وقد اختلف أصحابنا في وقوع الواحدة البائنة في المدخول بها فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الذي يقول لامرأته أنت طالق طلق الخلع انها واحدة بآئنة وكذلك ان قال خالعت امرأتى أو بارأتها أو افتدت منى وكذلك ان قال صالحت امرأتى أخذ منها عوضاً ولم يأخذ فهي طلقه بآئنة أو هي مبارئة وقال مطرف في الذي يقول لها أنت طالق طلاق الصلح هي طلقه رجعية ولا يكون طلاق الصلح الا بعطية وقال ابن الماجشون هي البتة وبه قال أشهب وسمعون فوجه القول بأنها واحدة بآئنة انه وصف الطلاق بصفة يقع الطلاق عليها منه واحدة بآئنة بأن أضافه الى خلع أو صلح أو مفاداة أو مبارأة لما استعمل في ذلك لفظ المفاعلة التي ظاهرها أن تكون من اثنين فكأنه أبرأها من عصمتها أبرأته من حقوقها عليه وما كان بهذه الصفة يكون طلقه بآئنة فكذلك ما وصف لها فجعل هذا الحكم لنفس الطلاق على هذا الوجه لا للعوض في الصلح والخلع ووجه قول مطرف انه لما كان هذا النوع كله من الفرقه انما يقتضى باطلاقة طلقه واحدة ووصف به طلاقه اقتضى طلقه واحدة فأمنع الرجعة في الخلع والصلح وما أشبههما فانما كان للعوض الذي أخذ فلما عر هذا الطلاق من العوض لم يمنع الرجعة ووجه قول ابن الماجشون ان ما وصف به طلاقه اقتضى الينونة ومنع الرجعة ولما كان ذلك لا يحصل الا بالثلاث حمل طلاقه على الثلاث (فرع) وما قدمناه من الخلاف يثبت في باريت ولم يذكر أحد من أصحابنا في برية الا الرواية التي ذكرناها عن أشهب ويحتمل أن تلحق برية على هذه الرواية بما قدمناه ويحتمل أن يفرق بينهما بأن باريت فيه معنى الصلح وأما برية فليس فيه معنى

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما

الصالح الذي يثبت البينونة مع الواحدة وانما يقتضي أن تكون واحدة رجعية أو ثلاثة تمنع الرجعة باستيفاء عدد الطلاق (مسألة) وأما قوله خلتك فان قال لم أرد طلاقاً استخلف على ذلك وقبل منه ومنع هذا في خلت سبيلك لان استعمال هذا في غير الطلاق أكثر من خلت سبيلك قاله ابن المواز وان قال أردت الطلاق ولم ينوشياً فقال ابن حبيب هي مثل خلت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلاثاً في المدخول بها حتى ينوي أقل من ذلك فيحلف وقاله محمد بن المواز وقال ان لم تكن له نية أو لم يحلف فهي ثلاث ووجه ذلك ان معنى اللفظ يقتضي ما قاله من أن يكون قد دخل سبيلها الذي كان له عليها والرجعية لم يخل سبيلها بل هي في حكمه بأنه قد دخل سبيلها (فرق) والفرق على هذا القول بينهما وبين حرام وبائن وبتة وبتلة وخليعة وبرية وان كان المعنى واحداً لأن استعمال هذه الالفاظ في غير الطلاق وفي الطلقة الواحدة على ضرب من الاتساع في الكلام أكثر من استعمال الحرام والبائن والبرية والخليعة فيه فان هذه الالفاظ مع اقتضاءها معنى الثلاث لا تكاد تستعمل الا على هذا الوجه وللاستعمال تأثير في تحقيق معاني الالفاظ كما له تأثير في اقتضاء الالفاظ غير ما وضعت له من المعاني وهذا على المشهور من قول مالك وأما على رواية أبي الفرج عن أشهب انه ينويه في الخلية والبرية فلا فرق بينهما والله أعلم (مسألة) وأما قوله فارقتك فان قال لم أرد طلاقاً فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ذلك له ويحلف ووجه ذلك ان هذا اللفظ يستعمل كثيراً ويتردد في المفارقة الى السفر والخروج والدخول وغير ذلك فجاز أن يحمل عليه اذا ادعاه ولذلك قال محمد بن المواز فيما يشبه هذا ما لم يكن جواباً لسؤالها الطلاق (فرع) فأما ان قال أردت الطلاق بقولي فان شك فقد روى ابن المواز عن مالك انه ينوي في المدخول بها فان لم تكن له نية فهي ثلاث وفي غير المدخول بها ان لم يكن له نية فهي واحدة رواه عيسى عن ابن القاسم وروى ابن المواز عن مالك أيضاً انها ثلاث ان لم ينوشياً وجه القول الأول ما احتج به مالك في المدونة من قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلاماً من سعته وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو افارقوهن بمعروف ولا خلاف انه انما أراد المفارقة بالواحدة بهذا اللفظ بل لا يجوز أن يريد الثلاث لانها ليست من المفارقة بالمعروف ووجه القول الثاني ان لفظ المفارقة يقتضي البينونة قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة والرجعية لا تصح منها هذه الفرقة لانها لا تملك مفارقة الزوج (فرع) فاذا قلنا ينوي في المدخول بها فانه ان لم ينوشياً كانت ثلاثاً وانما فرق بين الدخول وبين غيره ان لم ينوشياً فجعلها واحدة في غير المدخول بها وثلاثاً في المدخول بها لما تقدم من أن للدخول تأثيراً في تغليظ الطلاق لما قلناه من أن معنى الفرقة يوجد في غير المدخول بها واحدة ولا يوجد في المدخول بها الا الثلاث وقد روى أشهب في سرحتك مثل هذا وانها واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك وقال انه القياس (مسألة) وأما قوله سرحتك فان قال لم أرد به الطلاق فقد روى ابن المواز انه يقبل منه ويحلف الا أن يكون ذلك جواباً لسؤالها الطلاق ووجه ذلك ما قدمناه في فارقتك وان قال أردت الطلاق واحدة فقد روى عن أشهب انه قال له نيته ويحلف وقال هي واحدة حتى يبدأ أكثر من ذلك وهذا يقتضي تصديقه دون يمين وروى عنه انه قال هي ثلاث ولا ينوي وجه القول الأول انه لما كان اللفظ قد يستعمل في الواحدة ومعناه يقتضي الثلاث في المدخول بها قبل منه انه نوى ما قد يستعمل فيه واحلف انه لم يرد ما يقتضيه اللفظ ووجه القول الثاني انه لما كان اللفظ يستعمل في الواحدة وفي الثلاث كان كلف الطلاق يقبل منه ما ادعاه من ذلك ووجه القول الثالث ان معنى التسريح الطلاق ولذلك يقال سرحت الدابة اذا

أزلت عنها ما يمنعها الذهاب فكذلك في الزوجة يقتضي انك أزلت عنها ما يمنعها التصرف على اختيارها ويقتضي ذلك أن لا يملك صرفها إلى الزوجة وهذا المعنى معدوم في الرجعية فحمل على الثلاث فان قيل هذا يلزمكم في لفظ الطلاق فانه يفهم منه اطلاق الزوجة من حكم الزوجية وهذا لا يصح مع بقاء الرجعة فالجواب اننا لانسلم ان معنى التطليق يقتضي ذلك لأن لفظة الطلاق موضوعة لهذا المعنى وليست مأخوذة من الاطلاق ولا من الانطلاق وانما وضعت لهذا المعنى على وجه يحتمل عندنا الطلقة الواحدة وأكثر منها ولذلك لا يختلف انها صريح في الطلاق عندنا على أحد الوجهين وعند أبي حنيفة انه لا صريح غيرها وقال أبو حنيفة انه ان نوى بها الثلاث لم تكن له الا واحدة بخلاف غيرها من ألفاظ الطلاق وعند أبي حنيفة والشافعي ان خلية وبرية وبائنا وحراما من كنايات الطلاق وهذا يفيد انها منقولة إلى الطلاق عما وضعت له فوجب أن يعتبر فيها المعنى الذي وضعت له من التحريم والبيونة والابراء والخلو وذلك كله يقتضي زوال الملك فلا يلزمنا ما قلتم (فرع) فاذا قلنا في سرحتك انها واحدة ان نوى فان لم ينو شيئا فقد قال أشهب هي واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم انها في المدخول بها ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك فله نيته ويحلف وفي التي لم ين بها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وقاله مالك وجه قول أشهب أنه طلاق يصح أن يكون واحدة مع البتة فوجب أن تكون واحدة دون البتة أصل ذلك ما قبل الدخول ووجه قول ابن القاسم ما تقدم في قوله فارقتك وقد روى عن ابن القاسم انه قال في سرحتك بعض الضعف والقياس أن ذلك كله سواء هي واحدة في ذلك كله حتى يريد أكثر (مسئلة) وأما قوله خليت سبيك فقد روى ابن القاسم انه ان قال لم أرد طلاقا لم يقبل ذلك منه بخلاف فارقتك وخليتك فانه يقبل منه انه لم يرد طلاقا والفرق بينهما ان خليت سبيك لا يكاد يستعمل الا في الطلاق ولو كان قبله ما يقتضيه لوجب أن يقبل منه فان قال أردت الطلاق ولم أتو عددا فقد روى ابن وهب عن مالك هي واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وبه قال ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم انها ثلاث وبه أخذ أصبغ وابن المواز وجه رواية ابن وهب انه لفظ يستعمل في الطلاق وليس منه ما يقتضي قطع العصمة فاقضى طلقة واحدة كقوله طلقتك ووجه رواية ابن القاسم ان تخلية السبيل انما تستعمل على معنى اطراح العصمة وترك الامساك بشئ منها فاقضى الثلاث اطلاقه كقولك حبلك على غاربك (فرع) فاذا قال أردت واحدة فجاء على رواية ابن وهب انه يصدق دون يمين ويجيء على رواية ابن القاسم عن مالك له نيته ويحلف ووجه ما تقدم

(فصل) وقوله انها ثلاث تطليقات كل واحدة منها ثلاثا لئلا يظن ظان ان الثلاث انما تقع لتكرار الألفاظ ولا يكون ذلك مقتضى كل لفظ منها فيين أن مقتضى كل لفظ ما ذكره ص مالك

عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة ش قوله انه قال لأهلها شأنكم بها يريد انه قال ذلك على وجه المغاضبة أو طلب الطلاق منه أو ما يقتضي أن يفهم منه الطلاق وأما لو تقدمت قبل ذلك برغبتهم اليه في أن تبين عندهم أو تسافر معهم فقال لهم شأنكم بها وقال لم أرد بذلك الا اباحة ما سألتوني لم يكن عليه شيء قال أشهب وأما اذا قال ذلك على ما قدمناه وقال لم أرد طلاقا لم يقبل منه لان هذا من الألفاظ التي جرت العادة باستعمالها في الطلاق فاذا وقع على وجه يفهم منه ذلك حمل عليه (مسئلة) وان قال نويت الطلاق فقد روى ابن القاسم عن مالك انها واحدة الآن يريد أكثر من ذلك في غير المدخول بها فانها

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة

ثلاث ولا نية له كما لو قال وهبتكم اياها وقال ابن حبيب انه حمل حديث القاسم على غير المدخول بها ولذلك رأى أهل العلم انها تطليقة وفي المدينة أن مالكاً قال لا يعجبني ذلك يريد حديث القاسم قال مالك وأراها التي قد دخل بها وان لم يدخل بها فهو بين انه ليست الا واحدة اذا لم تكن له نية وقال ابن حبيب وأصبح هي ثلاث بنى بها أولم بين بها الا أن ينوى واحدة كالموهوبة ورواه أشهب وابن وهب عن مالك ووجه ذلك على ما تقدم (فرق) وفرق أشهب بين أن يقول لأهلها شأنكم بها وبين أن يقول لها شأنك بأهلك فاذا قال لأهلها شأنكم بها فانه لا ينوى واذا قال لها شأنك بأهلك نوى وروى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك سواء ينوى في التي لم بين بها ولا ينوى في المدخول بها * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويجب عندى أن يدخل في هذه المسئلة من الخلاف مثل ما تقدم في خليت سبيك وقوله خليت سبيك يجب أن يكون أشد وكذلك حكم الحق بأهلك يجب أن يجري على هذا وقد روى عن مالك انه قال ينوى في الحق بأهلك ويحلف وأما اذا قال لها أنت رد على أهلك أو وهبتك لأهلك أو وهبتك لأبيك في المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار عن محمد بن يحيى النسائي عن مالك انها ثلاث في المدخول بها واحدة في التي لم يدخل بها قال ابن كنانة قبلها أبوها أولم يقبلها ووجه ذلك ان الطلاق من قبل الزوج فاذا وجد منه لفظ يقتضى الطلاق وليس فيه استثناء مشيئة لأب لم يراع في ذلك مشيئة الأب ص * مالك انه سمع ابن شهاب يقول في الرجل يقول لامرأته برئت مني وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة * ش قوله في الرجل يقول لامرأته برئت مني وبرئت منك انها ثلاث تطليقات (مسئلتان * احدهما) أن لفظ البراءة يقتضى الثلاث لانه به تقع براءتهم من الزوجة وقد تقدم ذكره * والثانية أن اضافة الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة سواء فاذا قال لها برئت مني وبرئت منك فهو سواء وكذلك لو قال لها أنت مني بائن أو أنت حرام أو أنا عليك حرام وكذلك لو قال لها أنا منك طالق أو أنت مني طالق سواء أضاف الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة وقال أبو حنيفة ان اضافة الطلاق الى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق وذلك اذا قال لها أنا منك طالق والدليل على ما نقوله انها جهة لو أضاف اليها الطلاق بلفظ البيونة ثبت حكمه بكهنة الزوجة ص * قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو براءة انها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها أو واحدة أراد أم ثلاثاً فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطباً من الخطاب لانه لا يخلى المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يخليها ويبرئها وتبينها الواحدة * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك * ش قدمضى الكلام في الخلية والبرية وحكم البائن حكم الخلية والبرية وقد قال مالك انها ثلاث في التي دخل بها ولا يدين وذلك انه ان أراد واحدة لم يقبل منه وانما يدين ويقبل قوله في التي لم يدخل بها فان قال أردت واحدة أو اثنتين قبل ذلك منه وان حلف انه أراد بقوله أنت بائن لا ادعاء من ذلك وكان خاطباً من الخطاب وفي ذلك اشارة الى انه انما يحلف اذا أراد النكاح ولو حلف عند طلاقه لم يقل فيه خاطب من الخطاب وانما يقال فيه انه رجل أجنبى وقد تقدم من قول ابن الماجشون وسحنون انه عند ارادته النكاح

(فصل) وقوله لانه لا يخلى المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يخليها ويبرئها وتبينها الواحدة يقتضى قوله هذا أن المراد بقوله البيونة والاخلاء أن لا يكون له عليها رجعة سواء كان ذلك ثلاثاً أو واحدة ويحتمل أن يريد به قطع العصمة بالنية ولما

* وحديثي عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول في الرجل يقول لامرأته برئت مني وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة * قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو براءة انها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها أو واحدة أراد أم ثلاثاً فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطباً من الخطاب لانه لا يخلى المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها تخليها وتبينها الواحدة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

كان عدم الرجعة لا يصح في المدخول بها بدون الثلاث حل على الثلاث ولم يحمل قوله على واحدة وان ادعاها لان لفظه لا يصح استعماله في الواحدة في حق المدخول بها وأما غير المدخول بها فانه يحتمل أن يريد به قطع العصمة وذلك لا يكون الا بالثلاث ويحتمل أن يريد به طلاقا لا تتبعه رجعة وان لم يقطع العصمة لكنهما كان أظهر من جهة اللفظ في قطع العصمة حل عليه ان لم يكن له نية فان ادعى نية استخلف على انه أراد ما يستعمل فيه هذا اللفظ وان كان في غيره أظهر والله أعلم ويجب على هذا انه اذا قال في الخلع طلقك بائنة أنه يقبل منه انه أراد واحدة في المدخول بها ويستخلف على ذلك ان أراد ابتداء نكاحها لان امتناع الرجعة يوجد في طلاقه (مسئلة) فهذا مقتضى قول مالك في البائن والخلية والبرية والبائن في كلام العرب يستعمل بمعنى البعيد فيقال بان فلان من ذلك ويستعمل بمعنى الابانة بالقطع يقال ضرب به فابان يده اذا قطعها فلم يبق شيئا منها وعلى أي الوجهين حملنا البينونة في الطلاق اقتضى ذلك ابطال الرجعة والمنع من ابتداء النكاح وذلك ان بعدها عنه لا يريد به تقارب أجسامهما وانما يريد به بعدها عن عصمته وزوجيته فهو أظهر في انقطاع العصمة وان كان يحتمل أن يريد به بعدها عما كانت عليه وذلك لا يكون الا بأن لا تكون له عليها رجعة فهي قريب مما كانت عليه وان قلنا ان معناه القطع فانه أيضا لا يوجد هذا المعنى الا بانقطاع الرجعة أو بانقطاع العصمة وأما الرجعية فان الاتصال بينهما موجود فاذا أبانها ثم ادعى الرجعية لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما من نوى الطلاق ولم يلفظ بشيء جله فلا يخلو أن يقترب به كتابة أو اشارة أو لا يقترب به شيء فان اقرنت به كتابة وذلك أن ينوى ايقاع الطلاق بكتابة فانها طالق بذلك وقال عطاء ومن كتب الطلاق ولم يلفظ بشيء فليس بطلاق والدليل على صحة ما نقوله ان الكلام هو المعنى القائم بالنفس واظهاره بالكتابة كاظهاره بالنطق كلفظه بالتوحيد يكتبه من لا يقدر على الكلام فانه يقضى له به (فرع) واذا كتب الطلاق على غير عزم فله تركه ما لم يخرج به عن يده أو شهد عليه فان أخرجه عن يده على وجه الارسال به الى الزوجة فهو انفاذ له كالأشهاد به وسواء كتب أنت طالق أو اذا جاءك كتابي فانت طالق قاله مالك (فرع) فاذا كتب ولم يشهد به ولم يخرج به عن يده فان له رده ويخلف انه ما أراد انفاذ الطلاق ووجه ذلك انه يكتبه على وجه الارتياب فيه أو على وجه التهديد فيخلف لما احتمل انه لم يكتبه الا على وجه الطلاق (مسئلة) وان نوى الطلاق وأشار به لزمه الطلاق (فرق) ولا فرق بين اظهاره بالكتابة أو اظهاره بالنطق سواء أشار بيده أو رأسه قال مالك واحتج في ذلك بقوله تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام ارمزا ولان طلاق الأخرس انما يكون بالاشارة ووجه آخر وهو ان الاشارة عبارة عما نواه منه كالنطق (مسئلة) فان لم يقترب به كتابة ولا اشارة ففي كتاب ابن المواز عن مالك من طلق ثلاثا على ذلك فلا شيء عليه وروى أشهب عن مالك في العتية يلزمه ذلك قال ابن عبد الحكم وليس بشيء وجه الرواية الاولى ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما الامر ما نوى وهذا قد نوى الطلاق فوجب أن يكون له ووجه ثان وهو ان ألفاظ الطلاق اذا لم يرد بها طلاقا لا يكون طلاقا وانما يقع عليه الطلاق لانا لا نعلم صدقه في انه لم يرد الطلاق فحمل على مقتضى لفظه وقد أجمعنا على انه اذا أراد بها الطلاق وقع بها الطلاق فدل ذلك على ان الاعتبار بالنية دون اللفظ ووجه الرواية الثانية ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به ومن جهة المعنى ان النية بمجرد ما لا تقوم مقام القول والعمل وان افتقر القول والعمل الى نية كالصلاة وتكبيره الاحرام والقراءة

وغير ذلك من الأقوال والأفعال والعبادات (مسئلة) ومن قال لامرأته كلى واشربى من الألفاظ التي لا تستعمل في الطلاق حقيقة ولا مجازا فقد قال مالك يلزمه الطلاق وقال أبو حنيفة والشافعي لا يلزمه طلاق وقال بعض أصحابنا إن هذا مبني على أن مجرد النية يقع به الطلاق ومذهب ابن القاسم يقتضي أنه لا يقع الطلاق في هذه المسئلة بمجرد النية وإنما يقع بما قارن النية من اللفظ ولذلك روى عن مالك فممن أراد أن يقول أنت طالق فقال كلى أو اشربى أنه لا يلزمه شيء وإن كان قد وجدت النية ومعنى هذه المسئلة أنه قد وجد منه لفظ قصد به إلى إيقاع الطلاق فلزمه الطلاق أصل ذلك إذا تلفظ بكنايات الطلاق

﴿ ما بين من التملك ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن رجلا جاء إلى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني جعلت أمرا أمرأتى في يدها فطلعت نفسها فإذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل أنت الذي فعلته ﴿ ش التملك المذكور هو أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها وذلك بأن يقول لها قدمي كتيك أمرك أو يقول لها أمرك بيدك وفي كتاب ابن المواز وكذلك قوله قدمي كتيك وإن لم يقل أمرك ولا نفسك وكذلك قوله طلاقك إليك أو بيدك قال ابن القاسم أو قال لها أمرك بيدك إن شئت أو أنت طالق إذا شئت فهذا كله تملك محض ويشبه أن يكون هذا السائل الذي سأل ابن عمر رضي الله عنه قال لامرأته أمرك بيدك لأن ذلك مقتضى قوله جعلت أمرا أمرأتى في يدها

(فصل) وقوله فطلعت نفسها يقتضي أنها جاوبته تقول طلعت نفسي إلا أن المشهور من المذهب أن المرأة تسئل عما أرادت بقولها طلعت نفسي وقد روى عن ابن القاسم لا تسئل وهي واحدة في التملك قال محمد وهو أحب إلى وجه القول الأول أنها تسئل لثلاث دعوى أكثر من واحدة فتناكر أو تمنى ووجه القول الثاني أنها إن ادعت أكثر من واحدة لم يقبل قولها لأن اللفظ كثيرا ما يستعمل في الطلقة الواحدة فإذا أطلقت هذا اللفظ الذي يستعمل غالبا في الواحدة لم تقبل دعواها أنها أرادت أكثر من واحدة لأن ذلك استثناف دعوى منها كما لو قالت طلعت نفسي واحدة ثم قالت أردت أكثر من ذلك أو أزيد الآن على ذلك (فرع) وهكذا كل لفظ لا يستدل به على الثلاث لأنه يحتمل غيره فإن المرأة تسئل عما أرادت بذلك قاله ابن القاسم وقد تقدم الخلاف في ذلك بما يغني عن إعادته وقسروى ابن حبيب عن ابن القاسم في المملكة تقول قد طلقك هي واحدة إلا أن تريد المرأة أكثر من ذلك كقول الرجل لها ذلك فثبت القولان لابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وأما إن قالت قبلت نفسي أو اخترت نفسي أو طلقت نفسي ثلاثا أو بنت منك أو حرمت عليك أو برئت منك فإنه محمول على الثلاث ولا تسئل المرأة عما أرادت بذلك لأنها لو قالت أردت أقل من ثلاثة في المدخول بها لم تصدق فيه رواه ابن القاسم عن مالك وهذا في اللفظ الذي لا يصح له إلا الطلاق وكذلك قولها أنا منك خلية أو برة أو بآن وأنا عليك حرام وهذه الألفاظ كلها قد تقدم القول فيها فأما قبلت نفسي وحلها على الثلاث فإنه حل ذلك على أن قبولها لنفسها قبولها لملك نفسها وذلك لا يكون إلا بواحدة قبل البناء أو بثلاث بعد البناء فلذلك حل من قولها على الثلاث فلم تصدق بعد البناء على أنها أرادت به واحدة وقد روى ابن المواز عن أشهب أن لها تفسير ذلك بالواحدة بمنزلة قبلت أمري ولا يراه طلاقا

﴿ ما بين من التملك ﴾
* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء إلى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني جعلت أمرا أمرأتى في يدها فطلعت نفسها فإذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل أنت الذي فعلته

حتى توقف ولم يره مثل أخذت نفسي (مسئلة) وهذا اذا لم يكن ملكها على عوض فان ملكها على عوض أعطته اياه ففي المبسوط من قول مالك ان قالت له برئت منك انها واحدة لانه خلع وهي مثل التي لم يبين بها فان اراد أن ينكحها نكاحا جديدا أحلف بالله ما وليتها من أمرها الا واحدة وانما معنى ذلك انه ملكها بلفظ محتمل وناكرها فتكون بائنة لاجل العوض (مسئلة) فان قالت خليت سبيك ففي كتاب ابن حبيب عن ابن القاسم ان قولها له قد خليت سبيك أو فارقتك كقوله ذلك لها لان ابتداء ذلك منه يعمل على طلاق السنة وهي واحدة حتى يبدأ أكثر من ذلك وأما هي فملكة فكانت اجابتها عن الفراق فهو على البتات حتى يريد واحدة والخلاف بينهما في الأصل وذلك ان ابن القاسم يرى في الزوج بقول زوجته خليت سبيك هي ثلاث حتى ينوي أقل من ذلك فعلى هذا لا فرق بين أن يقول ذلك الزوج لها أو تقوله الزوجة للزوج وقول أصبغ مبنى على رواية ابن وهب عن مالك ان قول الزوج للزوجة خليت سبيك واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك فلذلك أمكن أن يفرق بين قول الزوج والزوجة وانما فرق بينهما مع هذا الأصل بان الزوج ملك الطلاق بالشرع فكان له أن يوقع منه ما شاء بل هو مأمور أن يفرقه واللفظ لا يخالف ذلك فلذلك قبل منه أردت واحدة وأما المرأة فان الزوج ملكها ولم يستثن قليلا من كثير فكان الظاهر انه ملكها جميع الطلاق ولذلك يستحلف ان ناكرا فلما جاوبته بالفرقة كان مقتضى ذلك ايقاع جميع ما ملكها اياه (مسئلة) فأما ان كان لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل أن تقول قبلت أمرى فان قالت أردت به قبلت ما جعل لي من التمليك أو الخيار قبل ذلك منها ثم قيل لها طلق بعد ذلك أو ردى وان قالت أردت بقولي قبلت أمرى الطلاق سئلت ما أرادت من الطلاق فيحتاج في هذا الى سؤالين لما كان اللفظ محتملا للطلاق وغيره ثم تسئل مرة أخرى عن قدر ما أرادت من الطلاق لان ما تلفظت به يحتمل من الطلاق الواحدة أو أكثر (مسئلة) فان قالت قد قبلت لم تزد على ذلك ثم قالت بعد الافتراق من المجلس لم أرد الا أن أنظر وأستخير كان لها أن تقضى الآن بواحدة فتأزمه أو بأكثر من ذلك فيكون لها المناكرة لان لفظ قبلت محتمل (فرع) فان قالت بعد الافتراق لم أرد شيئا لم يقبل (مسئلة) وسواء أضافت الطلاق اليها أو اليه فقالت طلفت نفسي أو طلقتك أو أبنت نفسي أو أبنتك لان اضافة الطلاق الى جهة الزوج كاضافته الى جهة الزوجة كالأو وأوقعه الزوج (فصل) وقول ابن عمر رضي الله عنه أراه كما قالت يريد أن ما قالت يازمه على حسب ما أورده هو لكن ذكر أنه جعل أمر امرأته بيدها وهذا تمليك محض ثم ذكر انها طلقت نفسها وهذا أقل ما يلزمه بطلقة واحدة ولعل السائل والمسؤل قد جرى منهما ما فهم به هذا المعنى وقال الشافعي التخيير والتمليك بهذا اللفظ دون لفظ الطلاق وليس بشئ الا أن ينوي به الزوج الطلاق فيكون مانوي منه وان لم يرد به الطلاق وقالت هي قبلت نفسي أو اخترت نفسي فليس بشئ وهذا القول لم يتقدم فيه سلف وهو مبنى على قوله أن قول الزوج قد ملكتك أمرك وأمرك يسدك من كنايات الطلاق وكذلك قولها قبلت نفسي من كناياته من جهتها فاذا قال جميعا أردنا به الطلاق وقع الطلاق وان قال أحدهما لم أرد بقولي طلاقا فليس بطلاق وان قال الآخر أردت الطلاق وقدمضي الكلام على كنايات الطلاق بما يغني عن اعادته (مسئلة) وهذا اذا كانت المملكة ثيبا محجورا عليها أو غير محجور عليها لان الحبر لا تأثير له في الطلاق ولذلك ينفذ طلاق السفينة المحجور عليه وكذلك اذا كانت بكر ابلا لان البكر البالغ يازمه طلاقها وأما الصغيرة ففي الموازية قال أشهب وعبد الملك

في الصغيرة تخير فتختار نفسها ذلك لها وقال ذلك لها اذا بلغت في حالها قال ابن القاسم يريد بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذا بلغت مبلغا تعرف ما ملكت أو يوطأ مثلها فذلك لازم وقال عبد الملك في المجموعة عن المغمورة بخيرها زوجها وهي مفيدة فتختار نفسها وهي مغمورة ان قضاءها غير جائز ولو خيرها مغمورة فاختارت نفسها جاز قضاؤها وكذلك لو ملك صبيها أمر أمراته جاز ما قضى به عليه ان كان يعقل ما جعل اليه وما يجيب به قال ابن سحنون عن أبيه وكذلك اذا جعل أمرها بيد امرأته أو ذمى

(فصل) وقول الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن على سبيل الكراهية لما أفتاه به والحرص على أن يعيد نظر العلة بخالف ما قدر آه فقال عبد الله بن عمر أنا فعلته أنت فعلته يريد بذلك لا صنع لي في ذلك وإنما قولك وعملك أدى إلى ما أفتيتك به لان الفتوى انما هي بحسب سؤال السائل وما يقوم له من القول والعمل ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بهما ما كانت في عدتها * ش قوله رضي الله عنه اذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت لا يخلو أن تكون المرأة مكلفة أو غير مكلفة فان كانت مكلفة لزمه ما قضت به وان كانت غير مكلفة فلا يخلو أن تعقل لتملك أو لا تعقله فان عقلته ففي الموازية عن مالك في الذي يخير زوجته قبل أن تبلغ وقبل لبناء فاختارت نفسها فهو طلاق قال ابن القاسم يريد اذا بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذا بلغت مبلغا تعرف ما ملكت قال عبد الملك وسحنون وكذلك لو جعل أمرها بيد صبي (مسألة) ومن خير امرأته وهي مغمورة جاز قضاؤها عليه لأنه رضي بذلك لنفسه ولو كانت مفيدة ثم أصابها ذلك لم يلزمه قضاؤها قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك أنه انما رضي قضاءها على ما علم من حالها وعقلها فلما ذهب ذلك لم يلزمه ما قضت على غير تلك الصفة

(فصل) وقوله القضاء ما قضت به يريد أن لفظ التملك يقتضي ذلك لأن ظاهره تملك نفسها وذلك لا يكون الا بالطلاق فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها كماله وكل أجنبي على طلاقها واذا كان ذلك المعلوم من لفظ التملك وجب أن يثبت حكمه كماله تلفظ في ذلك بلفظ الطلاق لأن هذه العبارة موضوعة لتفاهم بها المعاني فاذا كان اللفظ يفهم من تملك الطلاق ما يفهم منه اذا ورد بلفظ الطلاق وجب أن يكون حكمه في الحالين سواء فلا يقبل منه اني لم أرد تملك الطلاق كما لا يقبل ذلك منه اذا تلفظ بالطلاق ولأن العجمي يمكن أن يعبر عن ذلك بلسانه وان لم يكن فيه لفظ طلاق ويلزمه حكمه في التملك والطلاق المبتدأ وكذلك الآخر يفهم عنه هذا بالاشارة وتساوي ذلك بلفظه به كسائر الاحكام من النيب وغيره قال ابن المواز وأخذ مالك بقول عمر ان القضاء ما قضت الا ان تناكر وهذا يقتضي أيضا انها ان ردت التملك أنه لا يقع به طلاق لأنها قضت بالبقاء على الزوجية وقدر روى ابن المواز أن مذهب ربيعة في التملك هي واحدة قبلت أو ردت قال مالك وما أدري من أين أخذه وقد اختار أزواج النبي صلى الله عليه وسلم المقام فلم يكن ذلك فراقا ووجه ذلك من جهة المعنى أن من وكل على الطلاق فلم يوقعه الوكيل لم يلزمه الطلاق فكذلك هذا

(فصل) وقوله رضي الله عنه الا ان ينكر عليها الزوج فيقول لم أرد الا واحدة وذلك أنه لا يخلو التملك أن ينوي به واحدة أو أكثر من ذلك أو لا ينوي شيئا فان نوى واحدة أو اثنتين فقضت به نواه لزم ذلك ولم يلزم أكثر من ذلك لأنه قد ملكها طليقة واحدة وأوقعها فلزمها ذلك ولم يلزمها أكثر من ذلك

* وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت به الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بهما ما كانت في عدتها

لأنه لم يوجد منه تمليك لما زاد ولا من رضى بذلك ولا إيقاع له (مسئلة) ويكون له الرجعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقع طلاق واحدة بآئنة إلا أن ينوي ثلاثا فيكون ثلاثا والدليل على ما نقوله أن هذه جهة لوقوع الطلاق فكانت واحدة رجعية بجهة الزوج (مسئلة) فإن أوقعت ثلاثا وهو قد نوى واحدة لزمته واحدة ولم يلزمه أكثر منها وبهذا أخذ مالك وهو قول عبد الله ابن عمر لأن له أن ينكرها وروى عن علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضى الله عنهما أن الأمر على ما قضت ولا ينفعه المناكحة والدليل على صحة ما قلنا أن الطلاق إنما صار بيدها يجعله ذلك اليها وتفويضه والذي جعل اليها طلاق واحدة وما بعد ذلك من الطلاق لم يجعله اليها فلم يكن لها إيقاعه كالواحدة قبل أن يجعل ذلك اليها (مسئلة) وإن ملكها ثلاثا صرح بها فأوقعت واحدة فلا يلزمه شيء في رواية ابن القاسم وقال الشافعي يلزمه الطلاق وهي رواية مطرف عن مالك قال مالك ولو قال لها قد ملكتك البتة فأوقعت واحدة لم يكن ذلك شيئا لأن البتة لا تنقسم والثلاثة تنقسم من ثمانية أبي زيد وجه الرواية الأولى إن ما جعله اليها وقصرت عنه لم يلزمه ذلك فإذا ألزمنه الواحدة لم يكن في ذلك موافقة لما جعل اليها لأن الثلاث لم توقعها الزوجة فلم تقع والواحدة لم يجعلها الزوج اليها فإذا أثبتنا حكم ما أوقعت وهي الواحدة أثبتنا ما يخالف ما جعله الزوج اليها وإذا جعل اليها واحدة وطلقت نفسها ثلاثا فقد وافقته في الواحدة وما زادت على ذلك مما لم يجعله اليها يبطل ويثبت ما جعله اليها فتوجد الموافقة لما جعله اليها والله أعلم (مسئلة) وأما إن لم يصرح بالثلاث وإنما قال لها أمرك يديك فطلقت نفسها واحدة فقال لم أرد إلا التملك في الثلاث فإنه لا يقبل منه وتقع طلاق رجعية ويكون أمك بما قاله ووجه ذلك أن التملك منه قد وجد وهو يحتمل الواحدة ولذلك لو طلقت نفسها ثلاثا وأدعى واحد، وكانت واحدة فإذا أوقعها الزوجة فقال لم أرد إلا ثلاثا لم يقبل منه وكان ذلك منه على وجه الندم والله أعلم (مسئلة) ومن قال لامرأته أمرك يديك فقالت قبلت ثم قال أردت بالتملك البتة وقال هي أردت واحدة ففي المبسوط عن مالك هي ثلاث الآن تقول قبلت واحدة ومعنى ذلك والله أعلم أنه لما فسر قوله بالثلاث وقالت هي قبلت وكان ظاهر ذلك قبولها ما جعل اليها لزمه ما أقر أنه جعل اليها فعلمه ولم ينفعها تفسير ما نوته بالواحدة وهي تحتمل الثلاث مع مطابقتها لما جعله بيدها

(فصل) وقوله رضى الله عنه ويقول لم أرد إلا واحدة يعني أن مناكرته لها أن يقول لم أرد إلا واحدة فهذا يخلف على قوله أنه لم يرد إلا واحدة قال محمد يحلف مكانه لأن له الرجعة مكانه فإن لم يكن بها فلا تلزمه اليمين لأنها قد باننت منه فإذا أراد نكاحها حلف على ما نوى ولا يحلف قبل ذلك إذ لعلمه لا يزوجها وهذا الذي قاله محمد عندي إنما هو ليحكم له الآن بأن طلاق التملك رجعي * قال القاضي أبو الوليد والظاهر عندي إذا أراد أن يرتجعها وأما إن لم يرد أن يرتجعها فيجب أيضا أن لا يلزمه بتعجيل اليمين إذ لعلمه لا يرتجعها (مسئلة) فإن أبي أن يحلف في المبسوط عن القاضي أبي اسحق في الذي ينكر إذا أبي أن يحلف ألزم الثلاث على الأصل قال ومعناه أنه قد ملك فهو على أصل الطلاق الآن يقول أردت بعضه ويحلف فهذا على قول محمد بن المواز فعلى هذا القول يؤمر في العدة باليمين فإن أبي قضى عليه بالثلاث وبعد العدة لا يعرض له حتى يريد النكاح فإذا أراد ذلك استخلف فإن حلف والاقضى عليه بالثلاث وكان الاظهر عندي تأخير اليمين عنه إلى أن يريد الرجعة في العدة أو النكاح بعد العدة لأن اليمين إنما هي لاستباحة المراجعة فإذا أراد أن يرتجع أمر بها لاستباحة الرجعة

فان لم يحلف منع المراجعة وكان حكمه بعد ذلك حكمه قبل اليمين ولو اقتضى نكوله الحكم عليه
بالثلاث لوجب أن يكون ذلك عند المناكحة والمنع لها من ايقاع ما أوقعته لان ذلك وقت الخصام
فيه وابطال ما ادعته واثباته والله أعلم وأحكم

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة بن زيد بن ثابت انه أخبره انه كان
جالسا عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكت
امرأتى أمرها ففارقتنى فقال له زيد وما حملك على ذلك قال القدر فقال زيد ارتجعهما ان شئت فانما
هى واحدة وأنت أملك بها ﴾ ش قوله ان محمد بن عتيق أتى زيد بن ثابت وعيناه تدمعان يقتضى
بما بعده فرط ندمه وتأسفه على فراق امرأته وذلك يقتضى اعتقاده انه لا رجعة له عليها امالا انه ظن انها
واحدة بآئنة أو انها ثلاث ولو اعتقد ان له عليها الرجعة لراجعها ولم يحتج الى ذلك لما فعل بعد أمره به
زيد بن ثابت وأرشد اليه فقال له زيد بن ثابت ما شأنك لما رأى به من البكاء والندم فأخبره انه ملك
امرأته ففارقته وان ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع فقال زيد ما حملك على هذا يحتمل انه
أراد به توبيخه على ما فعله وتمديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن
سبب هذا الثلاثي يكون الحكم يختلف باختلاف سببه وان كان ملكها بعوض أو بغير عوض فلما قال
القدر ولم يكن ثم سبب يظهره أجابه عن مسئلته

(فصل) وقول زيد ارتجعهما ان شئت فانما هى واحدة وأنت أملك بها روى ابن المواز عن أشهب قال
مالك لا آخذ بحديث زيد فى التملك ولكنى أرى اذا ملك امرأته ان القضاء ما قضت الا أن ينكر
عليها فيحلف كما قال ابن عمر ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم من ذهب زيد انها لا تكون
الا واحدة وان أوقع أكثر من ذلك على كل حال ويحتمل أيضا أن يكون مالك قال يريد بذلك انى
لا أقول بظاهر اللفظ على الإطلاق لقوله ففارقتنى والفراق عند مالك فى بعض الروايات عنه يقتضى
أكثر من الواحدة والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقا على غير لفظ الفراق وانها فارقته بطلقة
واحدة ويحتمل أن يكون ملكها بطلقة واحدة بتصريح فلا يلزمه ما زادت ولا يلزمه فى ذلك يمين
فلذلك قال له ارتجعهما فيكون ذلك موافقا لقول مالك لان اليمين انما يحتاج اليها اذا كان لفظه محتملا
وأوقع المملكة أكثر من طلقة وانما كان جزع ابن أبي عتيق على هذا التأويل فرقا من أن
تكون واحدة بآئنة وعلم من مخالفته اليه انها اذا ملكت نفسها لم تعد اليه ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن
ابن القاسم عن أبيه ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقال أنت الطلاق فسكت ثم قالت
أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاختصما الى مروان
ابن الحكم فاستخلفه ماملكها الا واحدة وردّها اليه ﴾ قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه
هذا القضاء ويراه أحسن ما سمع فى ذلك قال مالك وهذا أحسن ما سمعت فى ذلك وأحبه الى
قوله ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقال أنت الطلاق يقتضى ايقاعها الطلاق باثر تملكه
اياها الطلاق ولو أخرت قبول التملك بالقول فلا يخلو أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أولا يوجد
منها قول ولا فعل فان وجد منها فى المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر بنقل
رحلها الى عند أبيها فى المبسوط من رواية ابن المغنل عن ابن الماجشون ان فعلت من ذلك ما بين

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن سعيد بن سليمان بن
زيد بن ثابت عن خارجة
ابن زيد بن ثابت أنه أخبره أنه
كان جالسا عند زيد بن ثابت
فأتاه محمد بن أبي عتيق
وعيناه تدمعان فقال له
زيد ما شأنك فقال ملكت
امرأتى أمرها ففارقتنى
فقال له زيد وما حملك
على ذلك قال القدر فقال
زيد ارتجعهما ان شئت
فانما هى واحدة وأنت
أملك بها * وحدثني عن
مالك عن عبد الرحمن بن
القاسم عن أبيه أن رجلا
من ثقيف ملك امرأته
أمرها فقالت أنت الطلاق
فسكت ثم قالت أنت
الطلاق فقال بفيك الحجر
ثم قالت أنت الطلاق فقال
بفيك الحجر فاختصما الى
مروان بن الحكم فاستخلفه
ماملكها الا واحدة وردّها
اليه قال مالك قال عبد
الرحمن فكان القاسم
يعجبه هذا القضاء ويراه
أحسن ما سمع فى ذلك
قال مالك وهذا أحسن ما
سمعت فى ذلك وأحبه الى

ولا يجهل فكانت كالتكلم بالقبول ووجه ذلك ان ظاهر هذا الفعل القبول للتمليك اثر الطلاق وأقل ما يحمل عليه القبول للتمليك قال عبد الملك فان قالت بعد ذلك أردت البتة ألا ترى اني قد خرت رأسي وفعلت ما تفعله المحرمة فان له أن ينكحها ويحلف انه مملوكها الا واحدة وفي المجموعة عن ابن القاسم لا ينوي الزوج ووجه ذلك أن ظاهر فعلها بينونة فترك النكاح عليها في المجلس يقتضي الرضا بالثلاث وقيل عليه أن يحلف يمينا أخرى لانه لم يظن ان انتقاها أو ما فعلت يكون طلاقا باثنا ومقتضى قول ابن الماجشون وسحنون وأصبح ان ذلك يلزمه مع يمينه انه لم يملك الا واحدة وقال ابن المواز يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك فيها وهذا ليس بخلاف في الظاهر (فرع) فان فعلت هذا من تخمير الرأس ونقل الثياب ثم قالت لم أرد به طلاقا في العتية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أبي وهب ان لم تكن اختارت فلا شيء لها (مسألة) فان لم تفعل شيئا أو فعلت ما لا يستدل به على الطلاق كالأكل والشرب في كتاب محمد اذا لم تفعل ما يستدل به على الفراق ثم قالت أردت الفراق ونوته في المجلس لم يقبل قولها وقد اختلف فيه قول مالك فقوله القديم انما لها ذلك ماداما في مجلسها فاذا قاما من مجلسها ما قبل أن تقضى شيئا بعد بطل التملك ثم رجع عن ذلك وقال لها ذلك ولا يزال التملك عنها الا أن يمكن من الاستمتاع أو يوقفها السلطان فتطلق أو ترد قال ابن القاسم وقوله الأول أحب الى وجه القول الأول اما أن يكون توكيلا فله الرجوع عنه متى شاء لان عقد التوكيل غير لازم فله الرجوع عنه متى شاء وان كان هبة فم وعقد لازم فليس له الرجوع عنه ماداما في المجلس لانه وقت القبول ومتى قاما من المجلس فقد تركت القبول فبطل ما كان لها من ذلك وهذا أشبه لانه لو كان حكمه حكم التوكيل لوجب أن يبطله باثر التملك ولا خلاف نعلمه بين الفقهاء انه ليس له ذلك باثر تملكه وانما اختلف الفقهاء في جواز رجوعه عن ذلك بعد وقت يمكن فيه القبول ولم يظهر القبول ونحن انما نقول له ذلك ما لم يقوما والى هذا ذهب الشافعي ورواه ابن وهب عن مالك في المبسوط ووجهه ما تقدم ووجه القول الثاني وهو اختيار أبي علي بن خيران انه طلاق معلق بصفة فليس له الرجوع عنه كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول ليس لها ذلك الا ماداما في المجلس فانه لا يبطل ذلك بانقضاء وقت يمكن فيه اختيار الطلاق فلا يظهره وانما لها ذلك بمقدار ما جرت به العادة من الجلوس والارتياح في الأمر والنظر فيه لما قدمنا ان حكمه حكم الهبة ان وهبها ما كان في يده من ايقاع الطلاق فان طال المجلس جدا وخرج عن المعتاد في ذلك في المدونة من قول مالك انه اذا طال المجلس عامة النهار فعلم انها قد تركت كذلك وخرجت جاعما كانا فيه الى غيره فقد بطل التملك وقال أشهب ذلك بيدها وان أقاما في المجلس وجه القول الاول ان مجلس التعارض والأخذ في مثل هذا معتاد فاذا طال المجلس وزاد على ذلك الزيادة اليقينة التي يعلم بها الخروج عن هذا الأمر وترك النظر فيه بطل ما لها من القبول كما لو قامت من المجلس ووجه الرواية الثانية ما احتج به أشهب من حديث ابن عمر ان ذلك لها ماداما في المجلس ولان المجلس وان طال فاتها على الصفة التي أبيح فيها الارتياح لم تنتقل عنها وقد يحتاج هذان النظر والارتياح الى ما يزيد على مقدار المجلس المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان لها ذلك في المجلس ما لم يخرج جاعما كانا فيه ويظهر تركه فان معنى ذلك الترك أن يأخذ في كلام غيره وأما ان تمتشط أو تسكت أو تعمل عملا فان ذلك لا يكون قطعاً لخيارها رواه ابن سحنون عن أبيه وهذه مسألة فيها نظر لان الترك لما كانا فيه قبيحاً يكون بالأعمال والنوم وطول المجلس المفرط الذي يظهر به الترك لما كانا فيه كما يكون بالأخذ في كلام

غيره (فرع) وهذا اذا لم تجاوب بشئ عن التملك فاما اذا جاوبت فقالت قبلت امرى فعلى القول الاول انما ذلك مختص بالمجلس قال مالك يكون ذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها لان قولها قد قبلت امرى ان ارادت به الطلاق فقد قضت ويلزم ما قضت به الا ان ينكرها فيما زادت على الواحدة وان قالت اردت به قبلت ما جعل الى من التملك ولم ارد به الطلاق فقد قبلت ما وهبته بالمجلس فجاز ان يقع الطلاق أو يتركه بعد المجلس لان قبولها للهبة قد وجد منها ففت الهبة بالقبول في المجلس (فرع) فان قالت قبلت امرى في المجلس ولم تفسر ذلك حتى حاضت ثلاث حيض أو وضعت حملها ثم قالت اردت بذلك طلاقه واحدة قبل قولها بغير عمن ولا رجعة للزوج عليها قاله في النوادر ومعنى ذلك ان قولها قبلت امرى يحتمل الطلاق فاذا فسرته بالطلاق قبل ذلك منها ولم يكن عليها عمن كما لو فسرته به في العدة واذا كان تفسيرها بعد العدة فقد انقضى وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يواقعها ويستفسر قولها قبل العدة ورضى بانقضاء العدة وانقطاع مدة الرجعة لانه لم يرجع في مدة العدة (فرع) فان قالت بعد ان وطئها اردت بذلك الطلاق ففي المجموعة عن ابن القاسم لا تصدق لانه قد زال ما بيدها وانما يصدق قولها مادام التملك بيدها وامكانها اياه من نفسها دليل على انها لم ترد الطلاق فلا يجوز لها أن تدعى الآن غيره ولو كانت خالعه بعد قولها ملكت امرى صدقت بعد ذلك انها ارادت الطلاق لان فعلها لا ينافي ما تفسر به الآن وينافي كرها ان زادت على الواحدة ورواه عيسى عن ابن القاسم (فرع) فاذا قالت اردت الارتيا والنظر صدقت فان زادت الآن فلا شئ عليه وان طلق واحدة كان له الرجعة وان زادت على ذلك كان له المناكحة (مسألة) ولو ملك رجل امرأته رجلا ثم اراد الرجوع فيه ففي المبسوط عن مالك ليس له ذلك وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال لختنته اذا تسكارت لابنتك وخرجت من القرية فأمرها بيديك فتسكارت بها تخرجها فابي وبدا لها قال ذلك له ولا شئ عليه * قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندي ان له الرجوع في سبب التملك وهو بان يمنع أمها الخروج بها ولو أخرجهما لم يكن له الرجوع في التملك والله أعلم وقد قال القاضي أبو محمد وهو مما انفرد به لانعله لغيره ان للرجل أن يجعل الى المرأة طلاقها وذلك على وجهين أحدهما أن يوكلاها والآخر أن يملكها على التوكيل به أن يرجع ما لم تطلق نفسها وفي التملك ليس له ذلك الا أن يبطل تملكها وقال في المعونة اذا ملك الرجل امرأته طلاقا فهو على وجهين أحدهما التملك والثاني التوكيل (فرع) فان قال لها أمرك بيدك الى شهر أو الى أجل يسميه في المدينة من رواية محمد عن يحيى السبائي عن مالك لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته في نفسها الى أجل بعيد يسميه الا أن يكون ذلك اليوم وما أشبهه ويوقف عن أمرأته في اليوم وشبهه حتى يرجع ذلك اليه أو يفارقه فان فعل في المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله مرة قال ان لم يقض ساعتين فلا خيار لها منها لأجل أو بعد وقبل ذلك لها ما لم يطأها ويوقف والتوجيه فيه على ما تقدم (فرع) وان جعل أمرأته بيد رجل فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط انما ذلك له مادام في المجلس فان افترقا قبل أن تقضى فقد كان مالك يقول ليس له ذلك بعد التفرق من المجلس ثم رجع فقال أرى له ذلك ما لم ترفعه الى السلطان أو توطأ وقرن ذلك بتمليك المرأة فجعل فيها القولين على ما في تملك المرأة وقد تقدم في توجيه ذلك انه يحتمل أن يكون كالطلاق المعلق بصفة قال القاضي أبو محمد وهو توكيل وقال أيضا ان حكمه مختص به ويخالف سائر حكم التوكيل فاذا قلنا انه طلاق معلق بصفة فانه

بخالف تعليقه بدخول الدار أو أكل الطعام أو لباس الثوب فإن تعليقه باحد هذه الصفات يتأبد
وتعليقه على وجه تملك الزوج أو الأجنبي لا يتأبد وإنما يختص بالمجلس على أحد القولين وعلى
القول الثاني لها اسقاط ذلك بتمكينه من الاستمتاع أو رد ذلك وإذا قلنا انه بمنزلة التوكيل فإنه
بخالف التوكيل فإن التوكيل عقد جديد له رده في المجلس قبل ابقاء ما وكل عليه وإذا قلنا انه تملك
بخالف حكم التوكيل فإنه يلزم أن يبين معناه ويميز بينه وبين التوكيل * قال القاضي أبو الوليد
رضي الله عنه والذي عندي في ذلك أن التملك إنما هو لها في إيقاع الطلاق وتعليقه باختياره
ومشيئته ومعنى التوكيل الاستئابة له في إيقاعه دون تعليق ذلك بمشيئته واختياره وقد بسطت
القول في سنن هذه الوجوه وتعليقها في شرح المدونة بما يغني الناظر فيه ان شاء الله تعالى (مسئلة)
وهذا اذا كان مخاطبها بالطلاق فإن أرسل به إليها لم تجب بشئ حتى انصرف عنها الرسول فقد
روى ابن المواز عن مالك ذلك بيدها وليس بحضور الزوج إلا أن يتناول الزمان ويظهر من أفعالها ما
تفعله الراضية بالزوج وليس هذا بمنزلة المشافهة بالتخير لأن مشافهة الزوج لها بذلك تقتضي الجواب
وقد يرسل إليها بما لا ينتظر عنه جوابا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وفي هذا عندي نظر فإن
إخبار الرسول لها بالتمليك كإخبار الزوج وقد يخبرها الزوج بالتمليك ولا يقتضي بذلك جوابا
كالرسول وإنما يتعلق بذلك أنها قد تفرغ الجواب لتوصله إلى الزوج مع غير الرسول كما تريد أن
تؤخره عن الزوج حتى ترسل به إليه والصواب عندي أن توجيه القولين على ما في تملك الزوج
(مسئلة) وهذا كله اذا قال لها أمرك بيدك وأما ان قال لها أمرك بيدك ان شئت أو اذا شئت
ففي كتاب ابن المواز ذلك كله واحد وذلك بيدها وان افرقا من المجلس قبل أن يقيد ذلك بجواب
وضعف هذا أصبغ في ان شئت

(فصل) وقوله لما قالت له أنت الطلاق في الثانية بفيك الحجز انكار للطلقة الثانية وإنما سكت في
الاولى لان تملكه يقتضيها فلما زادت على ما اعتقد من الطلاق أنكر ذلك عليها فهذا حكم المناكرة
أن يكون متصلا بقولها على ما يجوز أن يكون جوابا لقولها قاله مالك في المبسوط وجه ذلك انه إنما
يخبر بانكاره عما اعتقده حين التملك فلا يحتاج إلى ارتياء ولا نظر فاذا لم يجابها بالانكار وسكت
فقد رضي بما أوقعته من الطلاق أو كان سكوتها بمعنى الإقرار منه ان ذلك هو الذي ملكها فلذلك
لم يجز أن يتأخر انكاره عن قولها قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن ليس منا كرة بعد المجلس
ولا يدخل في ذلك من اختلاف قول مالك ما روى عنه في التملك لها أن تقضي بعد المجلس ما لم يوقف
أو تمكن من نفسها والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كان حاضرا معها مخاطبها وان كان أنفذ إليها
بالتمليك فاذا بلغه أنها قد زادت على طلقة في المبسوط عن مالك انما يكون ذلك عندما يبلغه أنها قضت
بأكثر من واحدة فإن صحت لزومه ما قالت ووجه ذلك ما تقدم

(فصل) وقوله في الثالثة بفيك الحجز انكار لها أيضا فاختصا في ذلك إلى مروان بن الحكم فاستحلفه
ما ملكها الا واحدة وردّها إليه يريد أنها كانت رجعية فجعل له أن يرجعها فتكون عنده على ما
بقي من طلاقها فكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء لما فيه من وجه الصواب ويراها أحسن ما سمع
فيه من قول من يجعل إليها إيقاع الثلاث وقول من يجعل واحدة بآئنة وأما قول من حدث بعد
ذلك انه لا يكون تملكها حتى يقول أردت به الطلاق فإنه خارج عن تلك الأقوال التي اختار منها
وبالله التوفيق

* مالا بين من التملك *

ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها خطبت على عبد الرحمن ابن أبي بكر قريية بنت أبي أمية فزوجوه ثم انهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا الا عائشة فأرسلت عائشة الى عبد الرحمن فذكرت ذلك له فجعل أمر قريية بيدها فاختارت زوجها فلم يكن ذلك طلاقا * ش قوله انها خطبت قريية بنت أبي أمية على عبد الرحمن فزوجوها منه ثم انهم عتبوا عليه في أمر يريدانهم وجدوا عليه في أمر خالفهم فيه فقالوا ما زوجنا الا عائشة يريدانهم انما وثقوا بفضلها وانها لا ترضى لهم بأذى ولا تسوغ أخاها الاضرار بهم في وليتهم فأرسلت عائشة بذلك الى عبد الرحمن لعلها أرادت أن تصرفه وتستزله عن المعنى الذي عتبوا عليه من أجله ولعله كان نكاحا عليها أو تسريا أو إثارا

(فصل) وقوله فجعل عبد الرحمن أمر قريية بيدها يريد ملكها أن تبقى عنده على الأمر الذي عتبوا عليه من أجله أو تطلق نفسها ان شاءت وفي ذلك ازالة ملامتهم عن عائشة فاختارت قريية وهي المملكة زوجها فلم يكن ذلك طلاقا يريدانه لم يحكم به عليهم ما ولا أفناهما به من كان يفتى في الوقت ولا رآه منهم من كان من أهل الاجتهاد كعائشة وغيرها وعلى هذا الجمهور ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يصنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمر افضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا * ش قوله ان عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام يحتمل أمرين أحدهما انها باشرت عقدة النكاح ورواه ابن مزين عن عيسى بن دينار قال وليس عليه العمل يريد عمل أهل المدينة حين كان بها عيسى لان مالكا وفقهاء المدينة لا يجوزون نكاحا عقدته امرأة ويفسخ قبل البناء وبعده على كل حال والوجه الثاني انها قدرت المهر وأحوال النكاح وتولى العقد أحد من عصبتها ونسب العقد الى عائشة لما كان تقريره اليها وقد روى عن عائشة انها كانت تقرر أمر النكاح ثم تقول اعقدوا فان النساء لا يعقدن النكاح وهذا هو المعروف من أقوال الصحابة ان المرأة لا يصح أن تعقد نكاحا لنفسها ولا لامرأة غيرها وقد تقدم الكلام في ذلك (مسألة) وأما عقد نكاح حفصة وأبوها غائب وهي بكر فان مذهب مالك انه لا يجوز أن يعقد نكاح بكر ذات أب غير أبيها وان كان غائبا الا أن يكون قد غاب غيبة انقطاع قال ابن حبيب عن مالك لا ترجى رجعتة وفي المدونة مثل من يخرج من مصر غازيا الى الأندلس وافريقية أو طنجة فهذه تزوج قاله ابن القاسم ورواه علي بن زياد عن مالك قال القاضي أبو محمد اذا كان استئذانه يتعذر وهي عانس بالغ وقال عبد الملك لا تزوج حياة الأب وفي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب انه اذا قطع نفقته عنها وأطال غيبته زوجت وان جرت عليها نفقة الأب لم تزوج الا باذنه ولأبي العباس الأيباني في حد البعد في العتبية أن تكون في موضع لا ينفذ فيه حكم الابنة فان كان بموضع ينفذ فيه كتبه لم تزوج عليه قال القاضي أبو محمد فوجه قول مالك ان غيبة الأب اذا طالت وانقطع عنها أضرب ذلك بها جري مجرى عضلها ولو كان الأب حاضرا وعضلها وعلم انه يقصد الاضرار بها الزوجها عليه الحاكم

* مالا بين من التملك *

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها خطبت على عبد الرحمن بن أبي بكر قريية بنت أبي أمية فزوجوه ثم انهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا الا عائشة فأرسلت عائشة الى عبد الرحمن فذكرت ذلك له فجعل أمر قريية بيدها فاختارت زوجها فلم يكن ذلك طلاقا * وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يصنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر ابن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبد الرحمن فقال محمد بن عبد الرحمن ما كنت لأرد أمر افضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا

فكذلك مع طول الغيبة ووجه قول عبد الملك ان الولاية باقية للاب لا تسقط بغيته فلم يكن لغيره أن يزوجها ووجه قول ابن وهب ان المراسي في ذلك ازالة الضرر عنها وهذا موجود مع انقطاع النفقة ومعدوم مع ادامتها فاما أن تكون عائشة رأت غير هذا واما أن يكون معناه أن عبد الرحمن قد كان وكل من يعقد هذا النكاح فعقد على أدنى من المهر الذي كان يعتقد هو أن يبذل لمثله أو وكل من يعقده على الاطلاق دون تعيين إلا أنه ظن أن ذلك يقوم له مقام التعيين وذلك ان البكر ذات الأب أو الوصي ليس لها أن ترضى بأقل من مهر مثلها وأما الثيب ففي المدونة لا يجوز لها ذلك وقيل ان ذلك جائز لها ويحتمل أن يكون لم يعين الزوج وظن أنه يعدل به عن مثل المنذر الى مثل عروته أو عبد الله ممن كان أفضل من المنذر فلذلك أنكر أن يصنع به مثل هذا أو يفقات عليه ولذلك احتاج المنذر أن يجعل الامر بيده ولو لم يكن النكاح لازما لما احتاج الى ذلك ولو كان النكاح فاسدا لا يجوز أن يقر عليه قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون العاقد نكاح حفصة بنت عبد الرحمن أخوه أو ابنه ان كان قائما بأمره ففي المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم في الرجل يزوج أخته البكر وأبوه غائب ان كان القائم بأمره فأجازه أبوه جاز وان كانت ثيبا جاز على كل حال وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع في الرجل يكون الناظر في عيال أخيه أو أبيه والقائم له في حوائجها المفاوض له في أموره فتغيب الأب فتزوج ابنته أو أخته بوجه الصحة والنظر لهن اذا أجازه الغائب اذا قدم جاز وثبت ونحوه في المدونة عن مالك إلا أنه لم يذكر الغيبة وانما جاز أن يجوزه الأب بعد طول الغيبة لانه موقوف على الفسخ والله أعلم فعلى هذا ان كان عاقد نكاح حفصة ابنا لعبد الرحمن أو أخاله ان كان في حياة محمد بن أبي بكر أو غيره من عصبتها ممن كان القائم بأمره والناظر له فانه مما يجوز اذا أجازه عبد الرحمن وقد قال ابن القاسم في المدونة الأخ والجد في ذلك بمنزلة الأب قال محمد بن المواز كما زوجت عائشة بنت أخيها فرضى قال مالك وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وكلت عائشة رجلا على العقد وهذا اذا كانت بكر افان كانت ثيبا فذلك جائز لازم وان لم يجوزه عبد الرحمن والله أعلم

(فصل) وقوله فكلمت عائشة المنذر في ذلك يريد انها أعلمته انه سخط بعض الامر فجعل الامر اليه ليزيل عن عائشة رضى الله عنها لوم عبد الرحمن لأجل ذلك الاقتيات عليه فامتنع عبد الرحمن من ابطال النكاح تسليما لما رآه عائشة واختارته وقوله ما كنت لارد أمر اقصيته على ما تقدم من اضافة الامر اليها لما كان منها من توليه وتقريره ص * مالك انه بلغه ان عبد الله بن عمرو وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فترد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيئا فقال ليس ذلك بطلاق * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه وقرت عنده فليس ذلك بطلاق * شكرر مالك رحمه الله في هذه المسئلة القول وكثر من الآثار لمخالفة ربيعة في ذلك يذكر ان رد المملكة التملك لا يقتضى طلاقا قال ولا يوجب ولو أوجبه لكان نفي التملك يقتضيه ولما وجب أن تسئل المرأة بعد ذلك ولا يقتضى منها قبول ولا رد وترك في هذه الآثار حكم الساكتة التي لم تقبل ولم ترد وقد ينافي من القول ما يغني عن اعادته ص * قال مالك في المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيئا فليس بيدها من ذلك شيء وهو لها مادام في مجلسهما * ش قوله انها اذا افترقا ولم تقبل فليس بيدها من ذلك شيء هذا قوله الأول واختاره ابن القاسم وقد رجع عن هذا القول الى أن لها ذلك ويوقفها السلطان قال أشهب وانما قال ذلك القول

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فترد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيئا فقال ليس ذلك بطلاق * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه وقرت عنده فليس ذلك بطلاق * قال مالك في المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيئا فليس بيدها من ذلك شيء وهو لها مادام في مجلسهما

مرة ثم رجع الى أن لها ذلك وثبت عليه وقد روى يحيى بن يحيى القول الأول في الموطأ وهو من آخر من روى عنه وهذا يدل على أن مالكاً كان يترجح فيه في أوقات الفتوى وأبقى في موطئه قوله الأول فلم يغيره (مسئلة) فإن اختلفا بعد القيام من المجلس فقالت الزوجة قد قضيت بالطلاق وقال الزوج ملكتك ولم تقض شيئاً في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك أن القول قولها حين أقر لها بالتليك وهذا مبني على أن لا خيار لها بعد المجلس لكنه إذا أقر لها بالتليك لم يكن له إبطاله بدعوى أنها لم تقض بالطلاق كالأجنبي يوكله على الطلاق ثم يدعي أنه لم يطلق وأما على القول بأنه لا يحتاج أن يدعي القضاء في المجلس لأن لها أن تقضي الآن بالطلاق الآن يدعي عليها الرد فان ادعى عليها الرد كان القول قولها والله أعلم

﴿ الإيلاء ﴾

ص * مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فاما أن يطلق وأما أن يفي * قال مالك وذلك الأمر عندنا * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيمارجل آلى من امرأته فإنه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفي، ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف * ش قال ابن الماجشون في المبسوط الإيلاء اليمين فمن حلف فقد آلى * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا كما قال أن الإيلاء في اللغة هو اليمين وقال أبو اسحاق الزجاج يقال آليت أولى إيلاء وألية وقال المفضل الإيلاء اليمين يقال آلى يولى إيلاء والاسم الألية ولذلك قال الشاعر

قليل الألياء حفظ ليمينه * وإن ندرت منه الألية برت

وقال الأعشى في القصيدة التي مدح بها النبي صلى الله عليه وسلم

فآليت لأرثي لها من كلزلة * ولا من وجى حتى تلاقى محمداً

نبي يرى ما لا يرون وذكره * أغار لعمرى في البلاد وأنجداً

معناه أقسمت إلا أنه مستعمل في الشرع في القسم على الامتناع من وطء الزوجة قال الله تعالى للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فقال تعالى يؤولون من نسائهم وتقديره والله أعلم يقسمون على الامتناع من نسائهم لأنه لا يقال آليت من كذا وإنما يقال آليت على كذا وآليت لأفعلن كذا ولا فعلت كذا الكنه لما كان معناه آلى ليمتنع من امرأته وكثر استعماله حذف ذلك للدلالة الكلام عليه وقيل آلى من امرأته حكى هذا الفضل بن مسleme عن بعض النحاة وقال الفراء إن من هنا بمعنى على أي يؤولون على نسائهم

(فصل) وقوله إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق وإن مضت أربعة أشهر حتى يوقف المشهور من مذهب علي رضي الله عنه أن الإيلاء إنما يكون في الغضب دون الرضا وأنه إذا حلف في الرضا لم يكن مولى والذي عليه جمهور الفقهاء أنه يكون مولى لأنه حلف بيمين تلزم على الامتناع من وطء زوجته أزيد من أربعة أشهر بحال الغضب ولأن الزوجة حقا في الوطء فليس له أن يحلف على الامتناع به (مسئلة) وهذا إذا كان ممن يستطيع الوطء وكانت الزوجة لها حق في الوطء فان كان ممن لا يستطيع الجماع كالشيخ الكبير ففي المبسوط عن ابن القاسم لم يسمع من مالك في ذلك شيئاً ورأيه أنه لا يفي وإنما الإيلاء على من يستطيع الجماع وأما من لا يستطيعه فلا يلزمه حكم

﴿ الإيلاء ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فاما أن يطلق وأما أن يفي * قال مالك وذلك الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيمارجل آلى من امرأته فإنه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفي، ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف

الايلاء كالخصي وكالذي يقطع ذكره بعد الايلاء فليس على واحد منهم توقيت وروى ابن حبيب عن أصبغ أنه قال في الخصي ان ايلاءه لازم و بوقت على سنة أجل الايلاء لان لها منفعة يلتزم بها من مباشرة وغيرها (مسألة) واذا آلى الصبي الذي لم يبلغ الحلم فلا يلزمه الآن ولا بعد البلوغ وليس بمول ووجه ذلك أن الايلاء يمين والأيمان لا تتقدم منه قال ابن القاسم في المبسوط وكذلك من آلى من صغيرة فلا شيء عليه حتى تبلغ حد الوطء فمن يومئذ يكون أجل الايلاء عليه لان هذا الخالف كبير يلزمه اليمين وانما سقط عنه حكم الايلاء والتوقيت لما حلف على من لاحق لها في الاستمتاع فلما بلغت حد الوطء وصار لها حق فيه لزمت اليمين المتقدمة وكان أجل الايلاء من يوم ثبت لها في الوطء حق والله أعلم

(باب الايلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الخالف بها شيء كالحالف بالله أو بصفة من صفاته) قال ابن المواز مثل أن يحلف بسلطان الله أو بقدرته أو بدمته أو برحمته أو بنوره أو بحمده أو شأنه زاد في المبسوط عن ابن الماجشون أو عظمته وعن ابن القاسم أو بجلال الله أو بشيء من صفاته ووجه ذلك ان هذه أيمان تلزم بها الكفارة فثبت بها حكم الايلاء كقوله لا والله وبلى والله (مسألة) فان قال أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله ففي المبسوط عن عبد الملك يكون موليا وهذا مما لا خلاف فيه لانها يمين بالله فان قال أحلف أو أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يقل بالله قال لا يدخل عليه به ايلاء الا أن يكون أراد بالله ونواه فيكون يميناً ويكون مولياً في المدونة والمبسوط وقال ابن القاسم عن مالك أشهد ولعمري ليس بيمين الا أن يريد بالله فيكون مولياً قال ابن القاسم وأعزم أو أعزم على نفسي عندي مثل قوله أقسم والذي في المدونة أن مالكاً قال فمين يقول أشهد أن لا كرم فلانا لاشيء عليه قال ابن القاسم الا أن يريد بذلك أشهد بالله فيكون يميناً وكذلك قال مالك في الفائل أقسمت أن لا كرم فلانا قال ابن القاسم وكذلك أحلف أن لا كرم فلانا يمين قال وليس قوله أعزم أن لا كرم فلانا يمين فان قال أعزم بالله فلا شك انها يمين فان قال أعزم عليك بالله فليست بيمين وهو عندي بمنزلة قولك أسألك بالله لتفعلن كذا فلم يفعل فلا شيء عليه (مسألة) وكذلك ان قال على عهد الله وميثاقه أو قال على ذمة الله أو قال على نذر ذلك كله عن ابن القاسم في المبسوط ووجهه ما قدمناه (مسألة) فان حلف بالصيام أن لا يطأ امرأته فقال ان وطئتك فعلى صيام شهر أو سنة فهو مول وهكذا على ما يلزمه من حج أو طلاق أو عتق وهو أحد قولي الشافعي وقال في الجديد لا يكون مولياً الا باليمين بالله تعالى والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق ودليلنا من جهة القياس ان هذه يمين لزمه بها حكم فثبت بها حكم الايلاء أصل ذلك اليمين بالله (مسألة) اذا ثبت ذلك فقد قال في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ان آلى منها بصيام فهو مول ومعنى ذلك بصيام غير معين ولم يعين قلته من كثرة وهذا يدل على انه اذا آلى منها بصيام يوم واحد انه يكون مولياً (فرع) فان قال ان جامعك فعلى صوم هذا الشهر الذي أنافيه أو شهر بينه وبين آخر أربعة أشهر فأقل فانه ليس بمول حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر قاله ابن المواز وأكثره في المبسوط (مسألة) ومن آلى من امرأته بالصلاة ان وطئتك فعلى أن أصلي مائة ركعة قال ابن القاسم في المبسوط هو مول زاد في المدونة عن مالك أو آلى بحج أو عمرة أو هدى أو عتق (مسألة) ومن آلى بصدقة أو عتق عبد معين أو غير معين فان كان عبداً معيناً ولم يكن في ملكه فلا شيء عليه وان كان في ملكه لزمه الايلاء فان باعه زال عنه ووجه

ذلك أن اليمين إنما تعلقت بعين العبد فلما باعه أو وهبه لم يبق لليمين تعلق فبطل حكمها وصارت الزوجة غير مولى منها (فرع) فان استرجع العبد بشراء في تفليس أو غيره فقد روى ابن الموزان أنه قال لا تعود عليه اليمين وقال ابن القاسم تعود عليه اليمين وقاله مالك في المبسوط وقال ابن الماجشون في المبسوط ان عاد اليه العبد بمرات أو اشتراه في فلس ممن كان عنده أو باعه السلطان على الخالف في فلس ثم اشتراه لم يرجع عليه الايلاء ويرجع عليه ان باعه باختياره ثم اشتراه ببيع البائع له باختياره لبعده هذه الوجوه من التهمة ووجه القول الاول ان ذلك الملك قد زال ببيعه فلا يعود حكمه بالرجوع اليه كما لو آلى بطلاق امرأة آخر ثلاثا فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فان الايلاء لا يعود عليه ووجه القول الثاني أن خروج العبد من ملكه ورجوعه اليه بمنزلة تطليقة التي حلف بطلاقها واحدة ثم تزوجها قبل زوج أو بعده فان الايلاء يعود عليه والوجه الأول أظهر لان الطلاق الذي بقي فيها بعد ارتجاعها انما هو من حكم النكاح الذي حلف له وملكه للعبد بعد ان باعه ليس من حكم الابتياح الأول وانما هو حكم يثبت بالابتياح الثاني كما لو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فان ما ثبت له فيها من طلاق انما يثبت بالنكاح الثاني فلذلك لم يتعلق به الايلاء المتقدم عليه والله أعلم (فرع) فان كان العتق في غير معين فقال ان وطئتك فعلى عتق عبيدي فهو مول فان قال ان وطئتك فكل مملوك أملكه مما استقبل حر فقد قال مالك في المبسوط لا يعتق عليه شيء ممن يشتريه بعد يمينه وهذا يقتضي أن يكون مولى وقد تقدم تعليقه في الايمان والنذر (فرع) فان قال ان وطئتك فكل عبدا اشتريه من الفسقاط حر قال مالك من قال كل عبدا اشتريه من الفسقاط حر فانه يلزمه عتق من يشتريه ولكن لا يكون مولى بايلاء به بذلك حتى يشتري العبد فاذا اشتراه وقع عليه الايلاء وطئ قبل ذلك أو لم يطأ وقال سحنون قال غيره يكون مولى لان كل من يقع عليه الخنث بالنفي فهو مول وهذا اذا وطئ امرأته ثم اشترى بعد ذلك عبدا من الفسقاط فانه يعتق عليه بالايلاء قال سحنون وقد قال ابن القاسم مثله وجه قول ابن القاسم الأول ان هذا حال لا يلزمه فيها شيء بالخنث فلم يكن مولى أصل ذلك قبل الايلاء ووجه القول الثاني ما احتج به سحنون من أن هذه اليمين بها يقع الخنث عليه اذا خنث وهذا يقتضي كونه مولى والله أعلم (مسألة) ومن آلى بطلاق امرأة فلا يخلو أن يولى بطلاق المولى منها أو بطلاق غيرها فان آلى منها بطلاقها فلا يخلو أن يكون الطلاق الذي حلف به بائنا أو رجعيًا فان كان بائنا مثل أن يقول ان وطئتك فأنت طالق طلاقاً بائناً فهل يكون مولى أم لا قال مالك هو مول واحتج على ذلك بأنها الورضية على البقاء معه دون وطء لم يطلق عليه قال ابن القاسم وكذلك عندي في كل ما لا يستطاع فعله والبر فيه مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى أمس السماء وقال ابن الماجشون في المبسوط هذا تطلق عليه من ساعته تطليقة واحدة ولا يترك معها إلى الأجل لانه ليس ممن يمكنه أن ينفى ولا رجعة له لان رجعته توصله إلى الفينة لان ما زاد من وطئه على مجاوزة الختان حرام فلا يمكن من وطء حرام والله أعلم وقد روى في المدينة زيد بن جعفر عن مالك اذا قال ان وطئتك إلى أجل كذا فأنت طالق بائناً وكان ذلك أجلاً طويلاً فانه يفرق بينهما اذا قامت به ولا يضرب له أجل الايلاء وهذا مبني على مذهب ابن الماجشون (فرع) فاذا قلنا انه مول لا يعجل عليه بالطلاق فقد قال مالك يطلق عليه عند الأجل وفي المبسوط قال مالك أيضا ان له أن يحنث فيها بالوطء فتطلق عليه بالبتة فوجه القول الأول ان الفينة ممنوع فيها وذلك مبني على ان وطءه محظور ولا يلزمها البقاء معه على الايلاء فوجب أن يقضى عليه بالطلاق ووجه القول الثاني ان هذه

يمين معلقة بشرط فلا يقع الا بوجود ذلك الشرط وهو مبني على أن ذلك الوطء مباح غير ممنوع (فرع) فاذا قلنا له أن يطأ فقد قال ابن القاسم له أن يتأدى حتى تنزل وأحب إلى أن لا يفعل فإن فعل لم يكن حراما قال أصبغ وذلك ما لم يكن عندي حرجا قال أصبغ وذلك ما لم يحرج فإن أخرج لم تكن العودة قال وقال ابن الماجشون اذا التقى الختانان قطع وجه القول الاول انه على حكم الزوجية المبيحة للوطء قبل الخنث فله أن يوجع ولا خلاف أن بالايلاج يقع الخنث الآن ذلك لا يمنع من الإخراج وهو نوع من الوطء فكذلك باقي الوطء حتى ينزل ووجه آخر أن لفظ الوطء الذي يقع به خنثه ويتعلق به ايلأؤه انما ينطلق غالبا على الوطء التام دون الايلاج ووجه قول ابن الماجشون أن اليمين فعل يتناول أقل أجزاءه ويقع الخنث بأيسر جزء منه كما يقع بجميعه وذلك يقتضي أن الايلاج يقع به الخنث وبه يقع الطلاق الثلاث فوجب أن يحرم عليه الباقي من وطئه لانه قد يصادف امرأة قد حرمت عليه بالثلاث (فرع) فان كان حلف بطلاق رجعي كالطقة والطلقتين لمن له فيها أكثر من ذلك فالذي قاله عبد الملك في المبسوط انه ان أراد أن يطلق وينوي بما زاد من وطئه على التقاء الختانين اللذين يقع به خنثه الرجعة مكناه من ذلك فان أبي من ذلك منع من الوطء لان باقيه بعد الخنث حرام ومقتضى قول ابن القاسم على ما تقدم ان له أن يطأ وانما يحرم عليه استئناف وطء آخر والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون وأبي من الرجعة ببقية وطء فقد قال ابن الماجشون يطلق عليه ولا رجعة له مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها قال لانه قد ترك تحقيق رجعته بأن ينوي ببقية وطئه الرجعة وقد كان له في غير المدخول بها أن يمكن من وطئها لان ما يقع به خنثه يكمل له دخوله (مسألة) فأما ان حلف بالنبي أو الملائكة أو الكعبة أن لا يطأها أو قال هو يهودي أو نصراني أو زان ان وطئها فهذا ليس بمول قاله مالك ومعنى ذلك عندي انه أو رده على وجه القسم وأما لو أراد أنه مول بما قاله من ذلك أو من غيره ففي المبسوط أن ابن القاسم سئل عن الرجل يقول لامرأته لا امرحباري بذلك الايلاء فقال قال مالك كل كلام نوى به الطلاق فهو طلاق فهذا والطلاق سواء (مسألة) فان حلف بالله أن لا يطأها واستثنى فقال ان شاء الله فانه يكون موليا فان وطئها فلا كفارة عليه في رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن الماجشون في المبسوط ليس بمول وجه القول الأول أنه مبني على أن الاستثناء لا يجعل اليمين ولكن تأثر في إسقاط الكفارة لما كانت يمينه فيه منعقدة لزمه حكم الايلاء وان لم تجب عليه بالخالفه كفارة ووجه القول الثاني أن الاستثناء يجعل اليمين ويجعل الخالف كانه لم يحلف ولذلك لا يجب عليه بالخالفه كفارة والله أعلم (مسألة) وان حلف أن لا يجامعها سنة وقال أردت أن لأسا كنها في هذه الدار سنة ففي المبسوط عن ابن القاسم له ذلك وانما يلزمه الايلاء اذا أتى بلفظ يمنع من الوطء وان لم يتناول الوطء فانه لا يكون به موليا فاذا حلف أن لا يلتقي معها سنة وكان هذا يمنع الوطء كان به موليا وهذا اللفظ يحتمل من التأويل ما يحتمل المجامعة فحكمه اذا حلف بالله أن يصدق في كفارة اليمين ويقال له لابد من الخروج عن هذا اللفظ الذي ظاهره الامتناع من الوطء وقد قال مالك فمين حلف أن لا يطأها فقال لما وقف انما أردت أن لا أطأها بقدي انه يقال له جامعها حتى يعلم أنك تريد الايلاء وأنت في الكفارة أعلم قال ابن القاسم والذي حلف أن لا يجامعها مثله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انها ان كانت يمينه بطلاق غيرها أن لا يصدق في ذلك لان ظاهر لفظه يقتضي الجماع والله أعلم (مسألة) وقوله لم يقع عليه طلاق وان مضت الأربعة الاشهر يريد ان ما زاد على

الأربعة الأشهر فهو مدة الإيلاء الشرعي وبه قال الشافعي وروى عن ابن عمر أنه قال كل مدة مقدرة وإن طالت فليست بمدة للإيلاء الشرعي وإنما يكون إيلاء إذا علقه للأبد والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق بين أن يكون إيلاؤه لمدة مقدرة أو مؤبدة فهو على عموميه وقال أبو حنيفة إن مدة الإيلاء أربعة أشهر فإذا خلافاً بيننا وبينه في الأربعة الأشهر والكلام بيننا وبينه في ذلك مبني على أنه بنفس انقضاء المدة عنده يقع عليه طلبة الإيلاء وعنده لا بد أن يوقف بعد أربعة أشهر وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى (مسئلة) إذا ثبت أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فإن ذلك على ضربين أحدهما أن يكون إيلاء محضاً يقتضي المنع من وطئها كقوله والله لا وطئتك أبداً سنة فهذا أول الأربعة الأشهر يوم يمينه والضرب الثاني أن لا يتناول يمينه المنع من الوطء ولكنها تؤدي إلى ذلك مثل أن يقول أنت طالق إن لم أكلم فلانا أو أن لم أدخل الدار فهذه اليمين لم تتناول تحريم الوطء ولكنها تفضي إلى تحريم الوطء لانه لما كانت صورة حاله بعد اليمين صورة الخائفة وجب أن يمنع الوطء حتى يبرأ بأن يكلم فلانا أو يدخل الدار وإذا امتنع من وطئها كان لها المطالبة بذلك لانه ممنوع من وطئها بسبب يمينه فيضرب له أجل الإيلاء وأول الأربعة الأشهر من يوم يرفعه إلى الخاء كم فيرى في ذلك ضرب الأجل ويضرب به له والله أعلم (مسئلة) ولو حلف وقال أنت طالق إن كمت فلانا لم يمنع من وطئها ولم يدخل عليه إيلاء لان حاله بعد يمينه حال برلانه ان تمادى عليه كان باراً أبداً والله أعلم وهذا مذهب علي وجاعة من الصحابة وبه قال الشافعي وحكى أحمد بن المعنل عن ابن الماجشون انه قال قال به مالك وقال به فيما بلغنا بضعة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة بمضي الأجل تقع عليه طلبة واحدة وروى ذلك عن ابن مسعود والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فوجه الدليل من الآية انه عز وجل جعل الأربعة الأشهر حقا لتربص الزوج وما كان حقه لم يكن محلاً للحق الذي عليه وهو الفيتة أو الطلاق كاجل الدين ودليلنا من جهة القياس ان هذا اللفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل فلم يقع به طلاق مؤجل أصل ذلك اذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر (فصل) وقوله حتى يوقف فاما أن ينفي وإما أن يطلق يقتضي معنيين أحدهما طلب الزوجته بذلك لانه حق من حقوقها لانها لورضيت بالمقام معه على مقتضى يمينه لم يكن لأحد عليها في ذلك اعتراض وليس على الامام اذا لم تأت المرأة أن يرسل اليه فيوقفه لعلها أن ترضى بذلك قاله ابن أبي حازم في المدينة (مسئلة) قال أشهب عن مالك وليس هو من ذلك في حل إلا أن تترك له ذلك وقالت لا حاجة لي بإيقافه فهو حق تركه إلا أن لها أن ترجع فيه متى شاءت وان طال الزمان فيوقف لها مكانه وقال أصبغ ونحلف ما كان تركها على التأيد الأعلى أن تنتظر ثم يوقف مكانه دون أجل وهذا الذي قاله أصبغ مخالف لقول مالك لان الصبر على الضرر لا يلزم الزوجة اذا كان مما يثبت له الخيار كالرضى بالاثرة (مسئلة) وهذا اذا كانت حرة فان كانت أمة وأرادت الصبر على ترك الوطء فللسيد ايقافه رواه ابن القاسم عن مالك في العتية ووجه ذلك ما احتج به أصبغ في ثمانية أبي زيد انه ليس للزوج أن يعزل عنها وان رضيت بذلك الا باذن السيد فتركه جميعاً شداً أن لا يكون له ذلك الا باذنه قال أصبغ وان رضى السيد بترك الوطء ولم ترض بذلك الأمة لم يكن لسيد هذا ذلك وكان لها القيام ومطالبة الزوج وتوقيفه لان لها حقاً في ذلك

(فصل) والثاني ان ذلك انما يكون عند الامام أو الحاكيم فهو الذي يوقفه ويحكم عليه بما يؤيده اليه اجتهاده فانه حكم مختلف فيه فاعلم اجتهد في انفاذه من له ولاية حكم فاذا رأى التوقيف فان توقيفه انما هو لينى الى ما كان عليه قبل ايلائه والفيئة الرجوع قال الله تعالى حتى تنفى الى امر الله أى ترجع أو تطلق ان امتنع من الفيئة لانه ليس له الاضرار وقدرى ان هذه الآية انما نزلت في المشركين كان الرجل منهم اذا كره المرأة وعنت عليها آلى منها ثم يتركها معلقة لاهى ذات زوج ولاهى مطلقة فتزوج يريد بذلك الاضرار بها فنع الله من ذلك وجعل للزوج مدة أربعة أشهر في تأديب المرأة بالهجر لقوله تعالى واهجر وهن في المضاجع وقد آلى النبي صلى الله عليه وسلم من نسائه شهرا وقد قيل ان الأربعة الأشهر هي المدة التي لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثرها وروى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد

ألا طال هذا الليل واسود جانبه * وأرقنى اذ لا خليل إلا عبه
فوالله لو لا الله تخشى عواقبه * لزغزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربى والحياء يكفى * وأكرم زوجى أن تنال مراكمه

فاما كان من الغدا استدعى عمر تلك المرأة فقال لها أين زوجك فقالت بعثت به الى العراق واستدعى نساء وسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر المرأة عن زوجها فقلن شهرين ويقل صبرها في ثلاثة ويفقد صبرها في أربعة فجعل عمر مدة غزو الرجل أربعة أشهر فاذا مضت أربعة أشهر استرد الغازين ووجه يقوم آخرين وهذا والله أعلم يقوى اختصاص أجل الايلاء بأربعة أشهر (مسألة) اذا ثبت ذلك فان لها رفعه ساعة تنقضى الأربعة الأشهر وقد بقي من المدة التي تناولتها يمينه لمنع الوطء مدة فروى أشهب عن مالك في العتية اذا حل الأجل فرفعته وقف مكانه فاما فاء في مجلسه ذلك والاطلقت عليه ووجه ذلك ان المدة المضروبة له التي فيها الخيار والارتباء والنظر والمشورة انقضت فليس له أن يزدأجلا على ما ورد الشرع به لأن ذلك اضرار بالمرأة (مسألة) والمرأة بعد التوقيف وامتناعه من الفيئة أن تصبر على ذلك قبل أن تطلق عليه ووجه ذلك أن توقيفها له ليس بطلاق وكذلك امتناعه من الفيئة ليس بطلاق وانما يثبت الخيار للزوجة خاصة فان رضيت المقام على ذلك والا كان لها المطالبة بالفراق

(فصل) وقوله فاما أن ينفى واما أن يطلق عليه يريد أن ينفى الى الوطء الذي حلف على الامتناع منه فان أبى الفيئة حكم عليه بالطلاق سواء كان له عذر مرض أو سجن أو غير ذلك لكن اشارة بالطلاق يستوفى منه حل العذر فوجب أن يحكم عليه بالطلاق (مسألة) ومن ذا الذي يوقع الطلاق الظاهر من المذهب أن الحاكم يأمُر بإيقاع الطلاق فان أوقعه كان على حسب ذلك وان أبى من ايقاعه مع امتناعه من الفيئة فقد قال مالك في المبسوط ان الامام يلزمه ذلك طائعا أو كرها وروى أحمد بن المعذل عن ابن الماجشون يأمره الامام بطلاقها ان لم يرد الفيئة فان طلق والا يطلق عليه الامام (فرع) فان كان به عذر فلم يف في المدونة يطلق عليه السلطان ووجه ذلك أن ايقاع هذا الطلاق معين عليه من جهة الحاكم لا تقضاء أجل الايلاء المقرر بالشرع ولا يمنع ذلك من أن ترثه اذا مات في عدتها (فرع) فان كانت حائضا في المدونة من رواية يحيى بن محمد السبائي عن مالك يطلق عليه ان أبى من الفيئة وان كانت حائضا وروى عن ابن القاسم لا يطلق عليه حال الحيض في شيء الا في الايلاء وروى أشهب عن مالك لا يطلق عليه حال الحيض وسيأتى بيان ذلك ان شاء

الله تعالى (مسألة) فاذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون الزوج المولى يوم انقضاء الأجل وقيام الزوجة عليه غائباً أو حاضراً فان كان غائباً غيبة قريبة كتب اليه في ذلك الموضع ليفي أو يطلق وان كان غائباً غيبة بعيدة ففي المبسوط عن ابن الماجشون ان كان غائباً بعد انقضاء أجل الإيلاء طلق عليه ولا يجعل الامام له أجلاً غير الذي جعل الله له فليس له أن يحتال في تغيير أجل الله تعالى (فرع) فاذا قلنا ان في الغيبة القريبة يكتب اليه فيها فان كان بينه وبينها مسيرة شهرين ففي المدونة عن مالك لا ينفذ عليه الطلاق حتى يكتب الى ذلك الموضع فجعل الشهرين في حيز القرب (مسألة) وان كان حاضراً أو أراد سفر أبعد فقد قال ابن القاسم في العتبية ان أراد السفر قبل محل الأجل يوم أو يومين وقامت امرأته في ذلك منعه الامام من السفر حتى يحل الأجل وان أبي عرفه أنه يطلق عليه فان خرج وطلبت المرأة ذلك عند الأجل طلق عليه وان لم ترفع خبره حتى سافر لم تطلق عليه حتى يكتب اليه ليفي أو يطلق وقال ابن كنانة ان كان مقرباً بالإيلاء لم يحبس واذا حل الأجل طلق عليه وقال أصبغ في العتبية اذا أراد المولى سفر أبعد اقبل له وكل من يفي لك عند الأجل أو يطلق عليك ومن فيئة وكيله أن يكفر (مسألة) فان كانت حائضاً أو أراد الفية قبل ذلك منه وعذر ببعضها في باب الجماع كالمرضى رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم وابن كنانة وهو في المدونة عن مالك (مسألة) وان كان غائباً غيبة قريبة مما يكتب اليه فيها فقال أنا أريد الفية قبل ذلك منه فان كانت يمينه مما تكفر استدلى على صحة فيئته بان يكفر عن يمينه قال مالك ولم تعرف فيئته الا بالكفارة فان كانت يمينه مما لا يمكنه أن يكفرها في موضعه ذلك قبل منه في الفية حتى يقدم فان وطئ والاطلقت عليه (مسألة) وان كان حاضراً مقرباً فلا يخلو أن يكون له عذر من سجن أو مرض أو تكون حائضاً أو لا يكون له عذر فان كان عذر من مرض أو سجن ففي المدونة من قول ابن أبي حازم وابن دينار أن حكمه حكم المسافر على حسب ما تقدم في القريب الغيبة الذي يكتب ويوجب الى الفية وقال ابن الماجشون في المبسوط لا يوقف ويدعى الى ما لا يقدر عليه ولا يعجل عليه بطلاق ولكنه يهل مادام لا يقدر على الفية للمرض أو للسجن والقول المتقدم مبنى على جواز الكفارة قبل الحنث وقول ابن الماجشون مبنى على منع التكفير قبل الحنث وقد اختلف في هذا قول مالك (مسألة) فان كانت حائضاً لم يوقف لها حتى تطهر قاله ابن الماجشون في المبسوط وقال ابن القاسم وابن كنانة في المدينة انه يوقف الا ان فاء حكمه حكم المريض وقد تقدم توجيه القولين (فرع) فاذا قلنا تجزئه الكفارة قبل الحنث فكانت الرقبة التي حلف بها معينة أو المال الذي حلف بصدقه معيناً فانها تجزئه قاله مالك وابن القاسم (فرع) فان كانت الرقبة غير معينة أو صدقة بقدر من المال غير معين أو كانت يمينه بالله عز وجل فكفر قبل الحنث ففي الموازية عن مالك تجزئه وبعد الحنث أحسن وفي المبسوط عن مالك لا يبرئه ذلك من الإيلاء حتى يطلأني أخاف أن يكون كفر عن غيرها وقال محمد بن يزيد في الأحكام وزوال حكم الإيلاء عنه وأما يمينه وبين الله فيجزئه أن يكفر قبل الحنث ومعنى ذلك ما قاله مالك رحمه الله تعالى فيما تقدم أنه اذا لم تكن كفارة الإيلاء معينة جوزنا عليه قصد الاضرار وان يعتق ويكفر عن معين متقدم وجب عليه ولا يكفر عن إيلائه بل يبقيه اضرارها هذا وجه رواية المنع وأما رواية الجواز فانه أقصى ما يمكنه في ذلك والتهمة في مثل هذا تبعد لأنه ان كان له عذر فالعذر وحده يمنع تعجيل الطلاق عليه فكيف اذا قارنته الكفارة وان كان لا عذر له طول بالوطء الذي يصحح كون هذه الكفارة للإيلاء والله

وحدثني عن مالك عن

ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته أنها إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت في العدة * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كان يقضي في الرجل إذا آلى من امرأته أنها إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها * قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الأربعة الأشهر ثم تراجع امرأته أنه لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له إليها ولا رجعة له عليها الآن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فإن ارتجاعه إياها ثابت عليها فإن مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فإنه لم يصباح حتى تنقضي الأربعة الأشهر ووقف أيضا فإن لم ينفى دخل عليه الطلاق بالإيلاء الأول إذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسه فلا عدة له عليها ولا رجعة * ش وهذا كما قال ابن من وقف بعد أجل الإيلاء فيطلق فإن له أن تراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولى طلاقه بآئته والدليل على ما نقوله أنه طلاق في المدخول بها عرا عن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بائنا أصل ذلك سائر الطلاق (فصل) وقوله ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل لها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابته اشترط في صحة رجعتة وقال الشافعي رجعتة صحيحة وان لم يصباح والدليل على ما نقوله انه انما يطلق عليه لا امتناعه من الوطء مع بقاء الإيلاء وهذا المعنى موجود في حال الرجعة فإذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه وثبت فبان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعي بالرجعة للفيئة فإذا كذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسئلة) فلو كانت مستحاضة فضت

أعلم (مسئلة) قال كان مقبلا خاليا من عذر فقال أنا في فقاء بلسانه وهو يقدر على الكفارة قال مالك يجتبر المرة والمرتين فان فاء والاطلاق عليه (مسئلة) فان كان أجل الإيلاء مما يضر به الخاكم وانقضى الأجل ولم يفعل ما أدخل عليه الإيلاء في المدينة من رواية زياد بن جعفر عن مالك اذا انقضى الأجل ولم يقضه حقه فرق بينهما ولا يقبل منه أن يقول غدا أقضيه وبعد غدا أقضيه ووجه ذلك أنه أجل للإيلاء كالمقدر بالشرع

(فصل) وقوله فاما فاء والاطلاق عليه والفيئة للمفكن من الوطء انما هي بالوطء أو بالكفارة فاما الوطء فلا يجزئ منه ووطء في غير الفرج ولا تقبيل ولا ملاسة قاله مالك وقد قال انه ان حلف أن لا يوطأ امرأته ولم ينو الفرج فإنه يمحت اذا وطئ بين الفخذين ولا خلاف انه اذا آلى بما يمحت به فقد بطلت يمينه واذا بطلت يمينه لم يبق إيلاء وما يمكن أن يتعلق به من أنه أراد الفرج أو لم يرد مصر ووفى الى نيته وهو أعلم بما يجب عليه فيه كفارة فأما فيما بينه وبين الزوجة فلم يخرج عن حكم الإيلاء لانه يدعي أنه لم يرد الفرج فلا تقبل نيته في اسقاط حكم الإيلاء عن نفسه وتقبل في ايجابه الكفارة على نفسه كما أنها لو كانت يمينه بالله فكفر عن يمينه بزعمه لم يقبل ذلك منه فيما بينه وبين الزوجة وبالله التوفيق ص * مالك عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته أنها إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت في العدة * مالك انه بلغه ان مروان بن الحكم كان يقضي في الرجل اذا آلى من امرأته أنها إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب أظهر مالك رحمه الله خلاف العلماء لا اختاره من التوقيف بعد الأربعة الأشهر وأورد أقوال العلماء في ذلك بخلاف ما اختاره بان انقضاء الأربعة الأشهر تقع تطليقة سواء أراد الفيئة بعد ذلك أو لم يرد ها وهذا فعل مثله من أهل الدين والفضل والتوسع في العلم وذلك يقتضي ما حكى عنه شيو خنا انه وان كان يعتقد ان الحق في أحد القولين الا أنه لا يقطع بان اختياره هو الصواب وانما يعتقد ان ما اختاره هو الصواب كما ان الخاكم يحكم بشهادة الشاهدين وان لم يقطع انهما قد شهدا بالحق لزمه الحكم به والله أعلم ص * قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الأربعة الأشهر ثم تراجع امرأته انه لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له إليها ولا رجعة له عليها الآن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه إياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فإنه لم يصباح حتى تنقضي الأربعة الأشهر ووقف أيضا فإن لم ينفى دخل عليه الطلاق بالإيلاء الأول إذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسه فلا عدة له عليها ولا رجعة * ش وهذا كما قال ابن من وقف بعد أجل الإيلاء فيطلق فإن له أن تراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولى طلاقه بآئته والدليل على ما نقوله أنه طلاق في المدخول بها عرا عن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بائنا أصل ذلك سائر الطلاق

(فصل) وقوله ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل لها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابته اشترط في صحة رجعتة وقال الشافعي رجعتة صحيحة وان لم يصباح والدليل على ما نقوله انه انما يطلق عليه لا امتناعه من الوطء مع بقاء الإيلاء وهذا المعنى موجود في حال الرجعة فإذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه وثبت فبان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعي بالرجعة للفيئة فإذا كذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسئلة) فلو كانت مستحاضة فضت

بعد رجعتها أربعة أشهر لم يوقف ثانية وانما ينتظر به انقضاء العدة فان وطئ فيها والابطلت رجعتها وان كان بقي من مدة العدة شيء وان انقضت مدة العدة قبل انقضت العدة رجعتها وان لم يطأها في العدة قاله مالك (مسئلة) فان قال الزوج قد وطئها وقالت الزوجة انه لم يطأها فقد قال مالك القول قول الزوج ووجه ذلك انه متى ادعى الزوج الوطء ليدفع به الفرقة فالقول قوله كالمعتض (فرع) ومعنى ذلك أن لا يكون له عذر فان كان له عذر من مرض أو سجن أو سفر فان رجعتها ثابتة عليها فاذا زال العذر بقدمه من سفره أو افاقة من مرضه أو انطلاقه من سجنه فكن منها وأبى الوطء فرق بينهما ان كانت العدة قد انقضت قاله مالك في المدونة والمبسوط وقال عبد الملك وتكون بانئامه من يوم انقضت العدة ووجه ذلك ما قدمناه من مراعاة عذره وأن يكون ما تقدم من الحكم في ذلك مراعاة فان صدق عذره بالفيئة اذا ما كنه حكم بصدقه فيما مضى وان أكذب ما ادعاه من الفيئة فالامتناع حين القدرة عليها حل أمره على الكذب فيها والرد وأمضيت الاحكام على ما كانت تجب في ذلك الوقت (فرع) قال مالك ولا عدة عليها الآن قال ابن القاسم وحمل ذلك عندى ان زوجها لم يخل بها في العدة فان خلاها في العدة فعليها عدة الا زواج ولا رجعة له عليها فيها بمنزلة زوج خلا برزوجه وتقرار راعى انه لم يصبا ثم طلقها فان عليها العدة للزواج ولا رجعة له عليها ص **قال مالك في الرجل يولى من امرأته فيوقف بعد الاربعة الا شهر فيطلق ثم يرجع ولا يمسه فتنقضي اربعة أشهر قبل أن تنقضي عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانها ان أصابها قبل أن تنقضي عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك** ش وهذا كما قال انه اذا طلق عليه لامتناعه من الفيئة فان رجعت في العدة فانه لا يوقف مرة أخرى غير التوقيف الأول ولا يطلق عليه طلاق آخر وانما يكون أمره مراعى فان مس في العدة صحت الرجعة وبطل الايلاء لوجود الخنث فيه وان لم يطأ في العدة مع ارتفاع الموانع بطلت الرجعة وقال الشافعى ان راجع في العدة فمضت أربعة أشهر ولم يطأ وقف مرة أخرى فان فاء والاطلقت عليه طلاقاً بآنة فان ارتجع وفعل فحسب ذلك من التوقيف والطلاق حتى يكمل ماله فيها من الطلاق والدليل على ما نقوله ما أتى ذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ولو أبى الفيئة فطلقت عليه فزوجها بعد انقضاء العدة فأرادت أن توقفه ثانية فان لها أن توقفه بعد أربعة أشهر من يوم تزوجها الزوج الثاني وجه ذلك ان الايلاء ينقصد قبل النكاح كما ينقصد في الاجنبية لكن الاربعة لا شهر لا يعتد بها الا من مدة الزوجية فن آلى من اجنبية ثم تزوجها اعتد بأربعة أشهر من يوم تزوجها وهو من يوم يمكنه الاستمتاع بها ويجب لها عليه حق الزوجية من الجماع وغيره فأما قبل ذلك فانه لا يجوز وطؤها ولا يتعلق لها عليه بذلك حق فاذا طلقها وخرجت العدة بطل حكم الاربعة الأشهر لان المطالبة بالوطء لا تصح فاذا تزوجها بعد ذلك عاد حكم الأشهر لما قدمناه (فرع) فاذا لم ينفى بعد انقضاء الأشهر طلق عليه ولم يكن له عليها رجعة لانه طلاق في نكاح ثم يوجد فيه بناء فوجب أن يكون بانيا (مسئلة) ومن أبى الفيئة بعد انقضاء الأشهر فطلقت عليه فزوجها بعد انقضاء عدتها وقبى عليه من مدة يمينه أشهر فامتنع وجته أرادت توقيفه قال مالك ليس لها ذلك لان هذا نكاح مستأنف وانما عاد عليه الايلاء من أوله فليس لها أن توقفه حتى تمضي أربعة أشهر منه وهو باق على حكم يمينه ولو لم يبق من مدة يمينه الا أربعة أشهر فادنى لم يكن عليه ايلاء والله أعلم وأحكم ص **قال مالك في الرجل يولى من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الاربعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قالهما طلقتان ان هو وقف ولم ينفى وان مضت**

قال مالك في الرجل يولى من امرأته فيوقف بعد الاربعة الأشهر فيطلق ثم يرجع ولا يمسه فتنقضي اربعة أشهر قبل أن تنقضي عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانها ان أصابها قبل أن تنقضي عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها وهذا أحسن ما سمعت في ذلك **قال مالك في الرجل يولى من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الاربعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قالهما طلقتان ان هو وقف ولم ينفى وان مضت**

عدة الطلاق قبل الأربعة أشهر فليس الإيلاء بطلاق وذلك أن الأربعة أشهر التي كانت يوقف بعدها مضت وليست له يومئذ امرأة * ش وهذا كما قال وذلك أن المولى منها يصح إيقاع الطلاق عليها لأنها زوجة ولا يبطل طلاقه حكم الأشهر لأنه طلاق رجعي يلحق فيه الطلاق والظهار فلحق فيه حكم الإيلاء فإذا انقضت الأشهر وهي في عدتها أنها توقفت أن شاءت وإذا كان لها أن توقفه فإن فاء حكم الغيبة أن يرجع فيطأ فإن لم يفعل ذلك طلقت عليه بالإيلاء وكانت مع الطلقة التي أوقعها تطليقتين على ما ذكرنا في المبسوط فإذا أوقفه الإمام فلا بد أن ينفي أو يطلق بعد ولا يجزى عنه ماضى من الطلاق والله أعلم (مسئلة) وقوله فإن مضت عدة الطلاق قبل الأربعة أشهر فليس الإيلاء بطلاق يريد أن الطلاق الذي أوقعه انقضت عدته قبل انقضاء الأشهر فقد بطل حكم الأشهر لأنها قد بان منه ولم يبق لها عليه حق مطالبة بوطء ولذلك قال وليست له بأمرأة يريد بذلك ما قلناه ص * قال مالك ومن حلف أن لا يبعث امرأة يوم أو شهر ثم مكث حتى ينقض أكثر من الأربعة أشهر فلا يكون ذلك إيلاء وإنما يوقف في الإيلاء من حلف على أكثر من الأربعة أشهر فأما من حلف أن لا يبعث امرأة أو أدنى من ذلك فلا يرى عليه إيلاء إلا أنه إذا جاء أجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف * ش وهذا كما قال أن من حلف أن لا يبعث امرأة أو شهر فإدونها لم يلزمه حكم الإيلاء وقال أبو حنيفة من حلف على أربعة أشهر فزاند الزمه الإيلاء وقال النخعي والحسن وابن سيرين من حلف أن لا يبعث زوجته يوماً أو أقل من ذلك أو أكثر ثم تركها دون أن يبعثها أربعة أشهر فقد بان منه بالإيلاء والدليل على صحة ما نقوله أن له تربص أربعة أشهر فإذا انقضت العدة التي منعت يمينه من الوطء فيها قبل وقت التوقيف لم يجب أن يوقف لأن يمينه لم يتناول المنع من الوطء في هذه المدة فكان بمنزلة من لم يحلف فلم يزل توقيفه ولذلك قال مالك لأنه إذا جاء أجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه يريد أن المدة التي تناولها يمينه قد انقضت فلم يكن عليه توقيف (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة حتى يقضى غريمه حقه أو يفعل كذا كان ذلك الفعل مما يقرر عليه أو لا يقرر عليه فهو مولى في ذلك كله قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك عندي أنه قد حلف يميناً منع وطأها ولا يصل إلى ذلك إلا بحث فيها فوجب عليه حكم من عمل أو غرم مال كما لو حلف أن لا يبعثها جيلة قال مالك في المدينة إذا زاد على الأربعة أشهر وقف فأما ما طلق (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة حتى يخرج إلى الحج أو إلى بلد يتكف فيه سفر أقر بيا أو بعيداً ففند قال ابن القاسم في الذي يقول والله لا أطوؤك في هذا المصر أو في هذه البلدة فهو مولى لأنه قال لا أطوؤك حتى أخرج منها فإذا كان خروجه يتكف فيه المؤنفة والكنة فهو مولى ومعنى ذلك والله أعلم أن يريد به الانتقال والخروج بها إلى موضع تلحقه مؤنفة ونفقة بالانتقال إليه وأما لو أراد به الخروج من نفس حضرته إلى موضع يقرب منها كالخروج إلى جنه أو مزرعته القريبة فهذا بمنزلة قوله والله لا أطوؤك حتى أكلم فلانا وفلان حاضر وحتى أدخل الدار والدار قريبة المكان منه (فرع) فإن كانت مسافة السفر أكثر من أربعة أشهر طلقت عليه عند انقضاء الأربعة أشهر ولم يخبر ولم ينتظر إذا طلبت ذلك (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة في هذه السنة أو سنة واحدة قال ابن القاسم لا يكون مولى ما لم يبعثها طأها ووطئها وتبقى عليه من السنة أكثر من أربعة أشهر فإنه يكون مولى ويرى عنه ابن المواز رواية ثانية أنه إذا مضت له أربعة أشهر من وقت يمينه وقف فأما أن ينفي والاطلقت عليه قال وهذا أحب إلينا (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة كذا

عدة الطلاق قبل الأربعة
الأشهر فليس الإيلاء
بطلاق وذلك أن الأربعة
الأشهر التي كانت يوقف
بعدها مضت وليست له
يومئذ امرأة * قال مالك
ومن حلف أن لا يبعث امرأة
يوم أو شهر ثم مكث حتى
ينقض أكثر من الأربعة
الأشهر فلا يكون ذلك
إيلاء وإنما يوقف في الإيلاء
من حلف على أكثر من
الأربعة أشهر فأما من
حلف أن لا يبعث امرأة
أربعة أشهر أو أدنى من
ذلك فلا يرى عليه إيلاء
إلا أنه إذا دخل الأجل الذي
يوقف عنده خرج من
يمينه ولم يكن عليه وقف

وكذا وطاءة روى عيسى عن ابن القاسم هو مول وأجله من يوم حلف ووجه ذلك أنه يحث بوطئه
واحدة منها ص **قال مالك** من حلف لامرأته أن لا يوطأها حتى تفتطم ولدها فان ذلك لا يكون
ايلاء وقد بلغني أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ذلك فلم يره ايلاء **ش** قوله من حلف
أن لا يوطأ امرأته حتى تفتطم ولده لا يكون ايلاء هو قول مالك وقدرناه عن علي بن أبي طالب رضي
الله عنه ومعنى ذلك أنه ليس بالايلاء الذي يثبت به حكم الايلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة
أشهر وان كان اسم الايلاء يقع عليه لانه لا خلاف أنه لف والحلف هو ايلاء بكل حالف مول من جهة
اللغة الا ان المولى الذي يلزمه التوقيف هو الذي وجد منه الايلاء الشرعي هو قول مالك وأحد قولي
الشافعي وله قول آخر انه مول ولا اعتبار برضاع الولد وبه قال أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان
الايلاء الشرعي تعتبر فيه معان قررها الشرع من أن يكون الحالف انما قصد الاضرار بالزوجة في
ذلك لان الله تعالى قد منع من امساك النساء على وجه الاضرار بهن فقال عز وجل ولا تمسكوهن
ضرار التعتدوا ويعرف ذلك ويقضى عليه به اذا لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء والحالف
لا يوطأ حتى يفتطم ولده لان لولده منفعة في ترك وطء أمه التي ترضعه ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه قال لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله والغيلة عند مالك أن
يطأ الرجل امرأته وهي ترضع فهو وان كان لم يمه عنه قد نبه بقوله هذا على أنه مما يخاف ضرره وانما
ترك النهي عنه على وجه من التوكيد لان ضرره ليس بلازم وهذا انما هو اذا كانت الأم ترضعه ولو
كانت لا ترضعه وانما يرضعه غيرها الكمال عندي حكمها حكم من لا ولد لها فاذا كان لتركه الوطء وجه
منفعة سقط عنه حكم الايلاء المتعلق بالضرار ولذلك قلنا انه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع
يعلم سقط عنه حكم الايلاء حتى يزول عنه ذلك المانع والله أعلم (مسئلة) ومن حلف لامرأته التي ترضع
ولده أن لا يوطأها سنتين وقال أردت بذلك كمال ارضاع ففي المبسوط عن ابن الماجشون ذلك له ولا
يلزمه توقيف ومعنى ذلك انه مول لانه قد يتعلق بيمينه بالضرر ان مات ابنه قبل انقضاء السنتين أو فطم
قبل ذلك وانما الذي لا يكون به مولى من حلف أن لا يوطأ حتى يفتطم لانه لا يتعلق بيمينه بالضرر على
وجه وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان فحكمه ما تقدم بيمينه فإلزامه التوقيف عند انقضاء أربعة
أشهر ووزان مسألة الرضاع من مسألة المريض أن يحلف أن لا يوطأ مادام مريضا فهذا يجب أن
لا يلزمه توقيف كما أن والد الرضيع لو حلف أن لا يوطأ أكثر من عامين لعلم اضراره بيمينه ولزمه
التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر من وقت يمينه وتكون فيئته بالقول عند التوقيف يصدق ذلك
فيئته عند انقضاء الرضاع (فرع) فان مات ابنه وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ففي
المبسوط عن ابن الماجشون يلزمه حكم الايلاء من يوم مات ابنه فاذا انقضت أربعة أشهر من ذلك
اليوم وقف ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الاضرار بالزوجة فاعتد بمدة التربص له من يوم لم
يبق ليمينه وجه غير الضرر كما لو حلف أن لا يوطأ أجنبية ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم
تعلقت بيمينه بالضرر وكان لها حق المطالبة بالوطء (مسئلة) ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير
يمين على وجه الضرر قال القاضي أبو محمد وعرف ذلك منه وطالت المدة أن حكمه حكم المولى وقال
مالك لا يترك وذلك ان لم يكن له عذر حتى يوطأ أو يفرق بينهما قال القاضي أبو محمد يفرق بينهما من
غير ضرب أجل ووجه ذلك عندي انه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها فلم يضرب له أجل تربص
والمولى يمنعه اليمين التي تلزمه فضررب له أجل أربعة أشهر ليرى ويتسبب في الخروج عن اليمين التي

قال مالك من حلف لامرأته
أن لا يوطأها حتى تفتطم
ولدها فان ذلك لا يكون
ايلاء وبلغني أن علي بن
أبي طالب سئل عن ذلك
فلم يره ايلاء

لزمته وقد قال مالك وأصحابه في المريض يولي من أمره أنه يوقف عند انقضاء أربعة أشهر فإن فاء بلسانه أجزأه ذلك حتى يفيق والفرق بينه وبين والد المريض أن والد المريض لرضاع ولده غاية معلومة قد علق يمينه بها فكأنه حلف على مدة الرضاع والمريض ليس لرضعه مدة مؤقتة فإذا علق يمينه بمدة تزيد على أربعة أشهر فقد قصد الإضرار

﴿ إيلاء العبد ﴾

ص * مالك أنه سأل ابن شهاب عن إيلاء العبد فقال هو نحو إيلاء الحر وهو عليه واجب وإيلاء العبد شهران * ش قوله إيلاء العبد نحو إيلاء الحر وهو عليه واجب يريد أنه نحو إيلاء الحر في لزومه حكم الأيمان واعتباره مدة التربص والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين فإن فاء والا طلق عليه ووجه ذلك أن إيلاءه تعلق بالمنع من الوطء عارياً عن العذر والمنفعة مدة تزيد على مدة التربص (فصل) وقوله وإيلاء العبد شهران هو قول مالك سواء كانت تحته حرة أو أمة وقال أبو حنيفة إيلاء العبد من الأمة شهران ومن الحرية أربعة أشهر وقال الشافعي إيلاءه منهما أربعة أشهر والدليل على ما نقله ما استدلل به القاضي أبو محمد أن مدة الإيلاء تعلق بها حكم بينونة فوجب أن لا يساوى فيه الحر والعبد أصل ذلك الطلاق (مسألة) وإن آلى العبد ثم عتق مكانه بقي على حكم إيلاء العبد ولم ينتقل عن ذلك بان عتق بعد أن لزمه ووجب عليه كما أنه لو زنى في حال الرق ثم أعتق لم ينتقل جده عن حد العبد إلى حد الحر

﴿ ظهار الحر ﴾

الظهار هو وصف المظاهر من يحل له وطؤها من زوجة أو أمة بانها عليه كظهاره وله في الشرع ألفاظ وأحكام تختص به قال مالك في المبسوط الظهار يمين تكفر وفي المدونة إن مطلق الظهار ليس بيمين وإنما يكون يميناً إذا قال إن فعلت كذا فأنت عليّ كظهار أمه والظهار محرم قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وأنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ففي الآية دليلان أحدهما إنكار ما قالوا وتكذيبه والثاني أنه وصفه بأنه منكرو زور قال القاضي أبو اسحاق ومن ظاهر أدب لقوله المنكر وألزمه (مسألة) والظهار تحريم الوطء المباح من الزوجة والأمة وهما يحرم عليه الاستمتاع بالقبلة والنظر والمباشرة وغير ذلك اختلف أصحابنا في ذلك فقال مالك في المدونة لا يقبل ولا يباشر ولا يمس ولا ينظر إلى صدر ولا شعر وفي المختصر الكبير ولا إلى شيء منها حتى يكفر قال مالك لأن ذلك لا يدعو إلى خير ولا بأس أن يكون معها في بيت إذا كان ممن يؤمن وفي التفریع لابن الجلاب لا يقبل ولا يباشر ولا بأس أن ينظر إلى الرأس والوجه واليدين وساير الأطراف قبل أن يكفر ومن أصحابنا من حمل ذلك على التحريم كالوطء وبه قال القاضي أبو محمد ومنهم من حمله على الكراهية لئلا يدعو إلى الجماع وبه قال الشافعي وقال عبد الملك في المبسوط في المتظاهر يقبل ويباشر وينظر إلى الصدر والشعر والحاسن إن ذلك على وجه الكراهية لذلك كله كالتغير في الجماع الذي لا يحل لمن لم يكفر نحو كراهيتهم القبلة للشباب الصائم والملازمة وجه القول الأول ما احتج به الشيخ أبو بكر أن كل معنى طرأ على النكاح منع الوطء من أجل تحريم حادث فإنه يمنع

﴿ إيلاء العبد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
أنه سأل ابن شهاب عن
إيلاء العبد فقال هو نحو
إيلاء الحر وهو عليه واجب
وإيلاء العبد شهران

﴿ ظهار الحر ﴾

الاستمتاع كله واللذة بقبله وغيرها كالطلاق الرجعي والاعتكاف والاحرام ووجه القول الثاني انها زوجة منع وطؤها المعنى ليس لعبادة ولا ينفى الى بينونة فلم يمنع الاستمتاع بغير الوطء كالحيض والعبادات التي تمنع الزوج من الاستمتاع اذا اختصت بالزوجة فانما يمنع الزوج منها ما يفسد على الزوجة عبادتها ولذلك لا يمنع من الاستمتاع بالنظر اليها وليس في الظهار شيء من ذلك فانما يمنع من ذلك في حقه لئلا يحركه الى واقعة المحرم من الوطء فاذا قلنا انه ينظر الوجه واليدين فان معنى ذلك أن ينظر لغير وجه الاستمتاع يبين ذلك ما في المدونة قبل مالك أينظر الى وجهها قال نعم وغيره أيضا قد ينظر الى وجهها (فرع) فان قبل أو باشر فقد قال سحنون من قبل أو باشر في شهرى الصيام عن كفارة الظهار قطع ذلك التابع وقال أصبغ لا يقطع ذلك التابع ورجع اليه سحنون ويصح أن يكون القولان مبنيين على ما تقدم (مسألة) فان كان الظهار مطلقا قصر به مطلق لا يستباح الا بعد الكفارة وان كان مقيدا مثل أن يقول أنت على كظهر أى اليوم فلا خلاف في ثبوت الظهار من اليوم وهل يبطل بانقضاء اليوم أم لا المشهور انه باق بعد اليوم حتى يكفر كالطلاق وقاله مالك في المبسوط قال ابن شعبان يطؤها دون كفارة أحب الى وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى في أحد قوليه لا يتعلق به حكم الظهار ودليلنا ان هذا لفظ يحرم به الوطء فوجب أن يكون تقييده كاطلاقه كالطلاق

(باب فاما ألفاظه فأصلها أنت على كظهر أى)

الأصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللاتي ولدنهم ثم قال والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسفوا هذا اللفظ المستعمل يختص بأمرين بالأم والظهار فان عدل عن هذا اللفظ فانه يقع العدول عنه على ثلاثة أوجه أحدها أن يتعلق التشبيه بعضو من الأم غير الظهر والثاني أن يعلقه بظهر غير الأم والثالث أن يعلقه بعضو غير الظهر من امرأة غير الأم (مسألة) فأما ان شبه امرأته بعضو من أمه مثل أن يقول أنت على كراس أى أو يقول كالبطن أو الفرج أو القدم أو الفخذ أو العضد ففي المدونة يكون مظاهرا في ذلك كله قال القاضى أبو محمد ومن شبه امرأته ببعض أمه فهو مظاهر خلافا للشافعى في قوله لا يكون مظاهرا الابتسبه بالظهر ولا بى حنيفة قال لا يكون الظهار الا فى تمثيله بعضو من أمه يحرم عليه النظر اليه والدليل على ما نقوله انه عضو من ذات محرم أثبت لامرأته حكمه فوجب أن يكون مظاهرا كالظهر (فرع) وان أثبت للجمله حكم الجمله فقال أنت على كأمى فقد قال مالك هو مظاهر قال الشيخ أبو القاسم كانت له نية أو لم تكن قال ابن القاسم وكذلك اذا قال لها أنت أى قال القاضى أبو محمد خلافا لابي حنيفة والشافعى في قوليهما ان لم ينو الظهار فانه محمول على البر والكرامة وهذا يقتضى أن يكون مظاهرا ان لم تكن له نية جملة وأما ان كانت له نية الا كرام والبر فيجب أن لا يكون مظاهرا والدليل على ما نقوله انه وجد منه تشبيه امرأته بأمه دون نية تصرف ذلك عن التحريم فوجب أن يكون مظاهرا هذا أصل ذلك اذا قال لها أنت على كظهر أى (فرع) فان قال لها أنت على حرام كأمى أو مثل أى أو كظهر أى حكى القاضى أبو محمد انه يكون ظهارا ولم يشترط نية وفي العتبية وكتاب ابن المواز عن مالك انه مظاهر ان لم تكن نية له خزن الشافعى وأبى يوسف ومحمد والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضى أبو محمد انه قد أتى بصريح الظهار وهو قوله أنت على كظهر أى فلم يكن طلاقا كما لو عراه عن لفظ التحريم

(فرع) وقوله أنت على أحرم من أمي ان لم ينو الطلاق في العتية والمواز به عن مالك هو مظاهر وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في قوله أنت على أحرم من أمي انها البتة وقال عبد الملك بن الماجشون في قوله أنت على أحرم من أمي انهظهار وان نوى الطلاق وجه قول مالك ان اللفظ يحتمل الطلاق ويحتمل الظهار الا أنه في الظهار آيين لانه انما يستعمل تشبيه الزوجة بالأم في الظهار فحمل على ما يصلح أن يراد به فاذا عدت النية حمل على الأظهر ووجه قول ابن القاسم ان لفظ التعريم يقتضي الطلاق البائن والتشبيه بالأم يقتضي الظهار واذا تردد الحكم بين التعليل والتخفيف حمل على أشدهما كمن شك في طلبة أو ثلاث فانه يحمل على الثلاث ووجه قول عبد الملك ان التشبيه بالأم قرر الشارع به حكم الظهار فلا يخرج عنه بابه لفظ التعريم لان المبتدئ بالظهار في أول الاسلام انما قصد التعريم فحكم الله عز وجل فيه بالظهار هذا الذي احتج به ابن الماجشون (مسألة) وأما اذا علقه بظهر غير الأم مثل أن يقول أنت على كظهر فلانة فلا يخلو أن تكون المرأة المذكورة من ذوى محارمه أو أجنبية أو ممن يحل له وطؤها من زوجة أو أمة فان كانت من ذوى محارمه فهو مظاهر بذلك في قول مالك وان كانت أجنبية فقد قال مالك هو مظاهر كان لها زوج أو لم يكن لها زوج وقال عبد الملك يكون طلاقا وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون طلاقا ولا ظهارة قال القاضي أبو محمد والدليل على صحة قول مالك انه شبه امرأته بظهر محرمة عليه فلزمه حكم الظهار أصله اذا قال كظهر أمه ووجه قول عبد الملك بالظهار انما يتعلق بتعريم مؤبدا ولا يكون ذلك الا برفع عقد الاستباحة وذلك انما يكون بالطلاق وان علقه بظهر من يحل له وطؤها فسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسألة) وأما اذا علق بغير الظاهر من غير الأم وذلك أن يعلقه بعضو غير الظاهر فيقول أنت على ك رأس فلانة أو يدها فلا يخلو أن يضاف ذلك الى ذات محرم أو أجنبية فان أضافه الى ذات محرم ينسب أو صهر أو رضاع فان ذلك ظهار فحكمه في الظهار على ما تقدم وكذلك الأجنبية

(باب)

فأما من يظاهر منها فانه يثبت حكم الظهار من كل من يجوز للرجل وطؤها من زوجة أو أمة أو حرة مسامة أو كتابية أو ماتمك يمينه من أمة أو أم ولد أو مدبرة قاله في المدونة وفي المختصر الكبير وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون الظهار الا في زوجة والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم قال مالك في المبسوط والسرية من النساء ودليلنا من جهة المعنى أنه فرج مباح له فجاز أن يتعلق به حكم الظهار كالزوجة وفي المبسوط سواء كانت صبية أو محرمة أو حائضا أو رتقاء أو صائمة فهو مظاهر منهن كلهن قاله ابن القاسم (مسألة) ولو كان له من الامة شقص لم يلزمه فيها ظهار رواه ابن المواز ووجه ذلك أنه لا يحل له الاستمتاع بها لنقص ملكه فيها قال الشيخ أبو القاسم وكذلك حكم المكاتب والمعتقة الى أجل وكل من لا يحل له الاستمتاع بهامن الاماء والله أعلم وقاله ابن الماجشون في المبسوط وجه ذلك أن من لا يحل له الاستمتاع بهالم يتعلق بظاهره بها كالأجنبية

(فصل) وقوله ظهار الحر يريد أن الحر المسلم المكلف الذي يقدر على الاستمتاع يلزمه الظهار سواء كان مالكا لمر نفسه أو كان محجورا عليه فأما المالك لأمر نفسه فسنين حكمه ان شاء الله تعالى وأما المحجور عليه فانه يلزمه الظهار لأنه مسلم يقدر على الاستمتاع ويصح منه الطلاق فلزمه

الظهار كالمالك لأمره (مسئلة) وأما الذي فانه لا يصحظهاره خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله أن كل من لا يصح طلاقه فانه لا يصحظهاره كالجنون والصغير (مسئلة) وأما الخصى والمجنون والعنيد والشيخ الفاني فقد روى ابن سحنون عن أبيه لا يلزمهمظهار ولا إيلاء وكذلك كل من لا يقدر على الجماع معناه ولا يرجوه قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى أن هذا مبنى على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء وقد اختلف أصحابنا في ذلك فاذا قلنا ان الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء وهو ممكن من جميعهم وجب أن يلزمهمظهار والظهار لا يفسد بمحرم لنفسه وانما هو ممنوع لثلاث يكون داعية الى الجماع فلا يصحظهار من المجنوب ولا الخصى ولا العنيد لأن الجماع لا يتأتى منهم وأما الإيلاء فانه يستقط عنهم حكم التوقيف للفيئة لأنهم لا يستطيعون عليها ولا يمكنهم فعلها ولا تركها بين هذا أن الشيخ الفاني لو تعامل وجامع لحنث في إيلائه (مسئلة) فأما السكران فانه يلزمهظهار حكاه ابن القاسم في المدونة قال لأن مالكا قال يلزمه الطلاق فكذلك الظهار عندى قال ولا يلزم المعتدة ولا الصبيظهار لأن مالكا قال لا يلزمه الطلاق وكذلك المكروه وقال محمد بن النضر في من سكره فتقول له امرأته تظاهرت منى حال سكره فيقول لا علم لى بذلك لا يقربها حتى يكفر ص **✽** مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقى أنه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته أن هو تزوجها قال القاسم بن محمد ان رجل جعل امرأته عليه كظهار أمه ان هو تزوجها فأمر عمر بن الخطاب ان هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر **✽** ش قوله في رجل طلق امرأته أن تزوجها فجاء به بما روى عن عمر بن الخطاب في الظهار يقتضى لزوم الطلاق عنده وانها تطلق عليه ان تزوجها وكذلك الظهار على حسب ما جاب به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فممن ظاهر من امرأته أن تزوجها ثم تزوجها لزمه الظهار ووجب عليه أن يكفر قبل أن يمسه أو يسأى بعد هذا مبينا ان شاء الله تعالى ص **✽** مالك انه بلغه أن رجلا سأل القاسم بن محمد وسليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا ان نكحها فلا يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر **✽** ش سؤاله عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها يريد أن يقول لها ان تزوجتك فأنت على كظهار أى فهذه التي يلزمه التظاهر منها ان تزوجها وأما لو قال أنت على كظهار أى ولم يصف ذلك الى تزوجها لم يلزمه شئ وروى ابن مزيين عن عيسى بن دينار أن معنى قول القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أن السائل كان قد قال ان تزوجتك وأما ان لم يقل ذلك فلاظهار عليه اذا تزوجها وقال الشافعي والثوري لا يلزمهظهار في الوجهين والدليل على ما نقوله أن هذا أضاف الظهار الى حال الزوجية فوجب أن يلزمه اذا وجدت الزوجية أصله اذا قال ذلك لزوجته (مسئلة) وقال مالك في رجل ذكر له نكاح امرأة فقال هي أى فهو مظاهر ووجه ذلك أنه مستند الى ما عرض عليه من أن يتزوجها فكأنه قال ان فعلت ذلك فهي أى وأما لو قال لها ذلك يريد أن يصفها بالكبر فعندى أنه لا يلزمه بذلكظهار ولا غيره

(فصل) وقوله أن نكحها فلا يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر يريد رضى الله عنه أن بعقد النكاح تعين عليه الكفارة لما وجدت منه العودة المصححة للكفارة قبل المسيس لقوله عز وجل من قبل أن ينمسا وأما لو كفر قبل أن ينزوجهما فانه لا يجزئه لأن العودة لا تصح منه وهى شرط فى صحة الكفارة ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال فى رجل تظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة انه ليس عليه الا كفارة واحدة * مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن مثل

* حدثني يحيى عن مالك
عن سعيد بن عمرو بن
سليم الزرقى أنه سأل القاسم
ابن محمد عن رجل طلق
امراة ان هو تزوجها
فقال القاسم بن محمد ان
رجل جعل امراة عليه
كظهر أمه ان هو تزوجها
فأمره عمر بن الخطاب ان
هو تزوجها أن لا يقربها
حتى يكفر كفارة المتظاهر
* وحدثني عن مالك أنه
بلغه أن رجلا سأل القاسم
ابن محمد وسليمان بن يسار
عن رجل تظاهر من
امراة قبل أن ينكحها
فقالا ان نكحها فلا يسها
حتى يكفر كفارة المتظاهر
* وحدثني عن مالك عن
هشام بن عروة عن أبيه
أنه قال في رجل تظاهر
من أربع نسوة له بكلمة
واحدة انه ليس عليه الا
كفارة واحدة * وحدثني
عن مالك عن ربيعة بن أبي
عبد الرحمن مثل

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش معنى ذلك انه من قال لأربع نسوة أنه أنتن على كظهر أمي أنه متظاهر بهذا اللفظ من جميعهن ويجزئه في ذلك كفارة واحدة خلافاً لأحد قولي الشافعي وأبي حنيفة لأن يمينه واحدة وظهاره واحد فلم يلزمه به إلا كفارة واحدة كما لو حلف يميناً واحدة لا ألبس الثوب ولا آكل الخبز ولا أدخل الدار ثم حنث لم تلزمه إلا كفارة واحدة بدل على ذلك أنه لا يمكنه أن يحنث في أحدها دون الأخرى (فرع) فان وطئ واحدة منهن فقد حنث في جميعهن ولم يجزله أن يقرب واحدة منهن حتى يكفر لوجوب تقديم الكفارة على المسيس فان كفر عن واحدة منهن فقد بطل حكم الظهار وجاز أن يطأ سائرهن دون كفارة تلزمه وان لم ينوب بكفارته إلا الأولى قاله كله في المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من أنها يمين واحدة فلم يجب عليه بها غير كفارة واحدة (مسألة) ولو أفرد كل واحدة منهن بلفظ ظهار في مجلس أو مجالس فيقول لأحدها أنتن على كظهر أمي ثم يقول للأخرى وأنتن على كظهر أمي ثم قال الثالثة كذلك ويقول للرابعة كذلك لوجب عليه لكل واحدة منهن كفارة كاملة بالعودة كمن حلف لا يأكل الطعام ثم حلف لا يلبس الثوب ثم حلف لا يدخل الدار فحنث لم يلزمه بكل يمين كفارة كاملة (مسألة) ومن قال لامرأة أنتن على كظهر أمي ثم قال لأخرى أنتن على مثلها فقد قال ابن القاسم في المدونة عليه في كل واحدة منهما كفارة واحدة ووجه ذلك أنه قد أفرد كل واحدة منهما بظهار يخصها لا يحصل به حائش في الأخرى (مسألة) ومن قال لأربع نسوة من دخلت منكنت الدار فهي على كظهر أمي ففي المدونة عن ابن القاسم عليه أربع كفارات ان دخان كلهن الدار في كل واحدة منهن كفارة ولو قال ان دخلت الدار فأنتن على كظهر أمي فإنه لا يلزمه في جميعهن إلا كفارة ووجه ذلك أنه اذا قال من دخلت منكنت الدار فهي على كظهر أمي فقد أفرد كل واحدة منهن بحكم نفسها ولذلك ان دخلت أحدها الدار لم يكن مظاهراً في غيرها ويكون مظاهراً في التي دخلت خاصة فثبت بذلك أن اللفظ يقتضي افراد كل واحدة منهن بظهار يخصها واذا كان الظهار يخصها لزمته فيه كفارة واحدة واذا قال لمن ان دخلت الدار فأنتن على كظهر أمي فإنه ان دخلت أحدها الدار ثبت حكم ظهاره من جميعهن ولم يثبت له حكم الظهار عند الشافعي حتى يدخل جميعهن فقد وقع الاتفاق على أن لا ينفرد دخول واحدة منهن بظهار يخصها دون غيرها فثبت بذلك أن هذه يمين واحدة في جميعهن واليمين الواحدة لا يجب بها غير كفارة واحدة (فرع) وأما اذا قال كل من دخلت منكنت الدار فهي على كظهر أمي فالظاهر من المذهب أنها بمنزلة قوله من دخلت منكنت الدار فهي على كظهر أمي رواه ابن المواز وفي العتبية من رواية ابن القاسم انه ان قال ذلك فإنه تجزئه كفارة واحدة ويحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة أن تزوجها مخالف لحكم قوله من تزوجت منكنت وأنه بمنزلة قوله ان تزوجت منكنت ويحتمل أن يريد أن الباب كله باب واحد لا يجب في ذلك إلا كفارة وما قدمناه أولاً أصح والله أعلم

ص * قال مالك قال الله تبارك وتعالى في كفارة المتظاهر قهرير رقبة من قبل أن يتأسف لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسف لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً * ش قوله سبحانه وتعالى في كفارة المتظاهر قهرير رقبة يقتضي أن الرقبة تجزئ في كفارة الظهار ولها صفات الاسلام والسلامة فأما الاسلام فإنه لا يجزئ في كفارة الرقبة مؤمنة وأما الكافر فلا يجزئ خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يعتبر فيها الاسلام والدليل على ما نقوله ان هذه رقبة مخرجة على وجه الكفارة فاعتبر فيها الايمان ككفارة القتل ويجزئ في ذلك الصغير والأعجمي على حسب

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا قال مالك قال الله تبارك وتعالى في كفارة المتظاهر قهرير رقبة من قبل أن يتأسف لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسف لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً

ما تقدم في كفارة الأيمان بالله تعالى ولو أعتق عن ظهاره منقوسا فلما كبر وجد آخرس أو مقعدا
أو أصم أو أبكم أو مطبقا جنونا فقد روي في العتية محمد بن خالد عن داود بن سعيد بن زيد قد أجرأه
لأنه شيء يحدث وكذلك في المبيع لا يرد بهذا العيب (مسئلة) ومن قال ان اشتريت فلانا فهو حر
عن ظهاري في الموازية عن ابن القاسم يجرئه ووجه ذلك انه لم يتعلق به عتق لغير الظهار وإنما
يتعلق به الظهار فوجب أن يجرئه وبذلك يخالف من قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشتراه عن
ظهاره فقد قال ابن القاسم في المدونة لا يجرئه وذلك انه قد تقدم له فيه عقد عتق لازم لغير الظهار
وفي مسئلتنا لم يتقدم له فيه عتق الا للظهار فكان ذلك بمنزلة من يشتري عبدا ونيته أن يعتقه للظهار
وروي ابن أبي زيد عن ابن القاسم في المرأة تعطى زوجها رقة يعتقها عن ظهاره أو ثمنها ان كان
ذلك بشرط العتق لم يجرئه وان كان بغير شرط أجرأه لان هذا أيضا قد شرط عليه عتقه للظهار من
ملكه فكأنه هو الذي أثبت فيه العتق دون المظاهر وفي مسئلتنا بخلافه لأنه هو الذي أثبت فيه عتق
الظهار (مسئلة) ومن أعتق عبدا عن ظهاره وهو انما يملك نصفه في الموازية عن ابن القاسم
يجزئه وتلزمه القيمة قال أصبغ وسحنون لا يعجبني هذا وليس أحسن أصحابه عليه وجه قول ابن
القاسم ان مالزمه من العتق في النصف الثاني انما لزمه بسبب العتق الأول فكان له حكمه ألا ترى انه
اذا قال له ان اشتريتك فأنت حر عن ظهاري فانه قد لزمه عتقه ومع ذلك فانه اذا اشتراه أجرأه عن
ظهاره ووجه القول الثاني ان العتق الثاني وقع بغير اختياره ولم يقصد به العتق عن ظهاره وإنما
هو لتبعض العتق فلم يجرئه أصل ذلك اذا لزمه عتق عن جميعه ليمين أو غير ذلك (مسئلة) ولو
كان له عبدا فاعتق نصفه عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار فقد روي عيسى بن دينار عن
ابن القاسم انه يجرئه وروي ابن حبيب وابن الماجشون عن أصبغ لا يجرئه وجه القول الأول
انه مبني على أصلين أحدهما أن العتق لا يمنع صحة تبعضه والثاني أن لا يعتق الباقي بالسراية وإنما
يعتق بعته عليه ان أراد ذلك أو يحكم عليه السلطان به ان أباه ووجه القول الثاني انه مبني على انه
لا يصح تبعضه أو على أن النصف الثاني يعتق عليه بالسنة وليس عتقه بموقوف على اختياره فلا يجرئه
(مسئلة) ومن أعتق عنه غيره عبدا بغير علمه عن ظهاره فانه يجرئه عند ابن القاسم وقال عبد الملك
لا يجرئه وان رضى بذلك بعد العتق وقال أشهب لا يجرى عن الحي وان كان بسؤاله ورغبته وجه
قول ابن القاسم انه معنى تجوز فيه النيابة لان طريقه المال ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت وسامه
ابن الماجشون ووجه قول ابن الماجشون انه لو باعه منه على أن يعتقه هو لم يجرئه ذلك ولو وهبه
إياه على أن يعتقه عن ظهاره لم يجرئه فكذلك اذا أعتقه عنه والفرق بينهما على قول ابن القاسم انه
قدم ملك الواهب أو البائع العتق في ذلك العبد قبل وقوعه ولزم الموهوب له إيقاعه بالشرط فلذلك لم
يجز ألا ترى انه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أو وهبه من إياه بذلك الشرط لم يجرئه والذي
أنفذ عتقه على العتق عنه عتقه ولذلك جاز أن يعتقه عن الميت وقد روي في العتية أبو زيد عن ابن
القاسم في المرأة تعطى زوجها رقة يعتقها عن ظهاره أو ثمن الرقة ان كان بشرط العتق لم يجرئه وان
كان بغير شرط أجرأه وذلك لما ذكرناه ورواه في المدينة عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار
عن ابن كنانة (فرع) فاذا قلنا يجرئه على قول ابن القاسم فانه قل يجرئه ان لم يدفع في ثمنه شيئا
قال الشيخ أبو محمد في نوادره يريد كانه اشتراه بشرط العتق ومعنى ذلك ان من اشترى عبدا بشرط
العتق لم يجرئه عن عتق واجب عليه فعلى هذا انما يجرئه على قول ابن القاسم بشرطين أحدهما

ما تقدم وهو أن لا يدفع اليه فيه ثمننا والثاني أن يرضى المعتق عنه بذلك وإن لم يرض بذلك إذا بلغه فقد قال الشيخ أبو عمران لا يجزئه ومعنى ذلك أن نية العتق للظهار معدومة ولم تتعقبها بإجازة وهي تقوم مقام النية وفي ذلك شرط ثالث مختلف فيه وهو أن يكون العتق بعد العودة قال ابن القاسم لا يراعى العودة وإنما يراعى عبد الملك وابن الماجشون (مسئلة) وأما السلامة فأنها تعتبر في ذلك كله على حسب ما تقدم في كفارة الإيمان بالله تعالى ولا يختص ذلك بجنس مخصوص من الرقيق ولا ذكورة ولا أنوثة

(فصل) وقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين الوجود هو أن يملك رقبة أو ثمنها أو ما قيمته قدر ثمنها من عرض أو غيره فمن لم يكن عنده الأمانة ظاهراً منها فقد قال ابن القاسم لا يجزئه الصيام وكذلك روى عن مالك فمين يملك من العروض ما يشتري به رقبة أو كانت له دار يسكنها ثمنها رقبة لا يجزئه الصوم لأنه واجد لرقبة معناه مجزئه (مسئلة) والمظاهر الموسر يمكنه العتق فلا يعتق حتى يعدم فيصوم ثم يسر روى ابن المواز عن ابن القاسم ولم يسمعه منه أنه قال يعتق وهذا عندي على وجه الاستعباب لأن المؤدى لما يجب عليه من حق أنما ينظر إلى حاله يوم الأداء دون يوم الوجوب وكذلك من ضيع الصلاة وهو قادر على القيام فأراد أن يقضيها حال مجزئه عن القيام أداها جالساً ثم إن قوى على القيام لم يلزمه قضاؤها قائماً وكذلك من فرط في الصلاة مع إمكان أدائها بالماء ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء لم يلزمه قضاؤها ثانياً عند وجود الماء ويحتمل أن يريد به أنه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته فلما أعسر قبل العتق أمر بالصوم لأنه أبلغ ما يمكنه بشرط أن أيسر بالرقبة التي قد تعلقت بذمته كان عليه إخراجها وحكم الأموال في ذلك غير حكم الأعمال والأول أظهر والله أعلم وقد قال بعض القرويين إنما ذلك لمن وطئ فلزمته الكفارة بالعتق ليسره فلم يكفر حتى أعسر فصام فأما إن لم يطأ حتى أعسر فصام ثم أيسر فلا يؤمر بالعتق (مسئلة) ومن بدأ بالصيام لعسره وعدم الرقبة ثم أيسر روى ابن المواز قال مالك في الخالف والمتنع إذا شرع في الصوم ثم أيسر لا يرجع إلا أن يستأه وفرق بينه وبين الظهار وقتل النفس وسوى عبد الملك بينهما وقال إذا مضى له اليوم واليومان أحبت له الرجوع في التمتع والكفارة ومعنى ما قال ابن المواز من تفريق مالك بين الظهار واليمين ما روى زياد بن جعفر عن مالك أن من لم يجدر رقبة عن ظهاره فصام يوماً أو يومين ثم وجد رقبة فأنه يعتق ولو صام النصف أو الثلث أو أيامها لاسم فأنه يتم صيامه ولا يعتق وروى ابن عبد الحكم في المختصر الكبير أنه إذا صام يومين وقال أبو اسحق في الزاهي يوماً ثم أفاد ما لا قال يمضي ويجزئه ويعتق أحب إلى قال الشيخ أبو بكر إنما قال ذلك لأن الله تعالى قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا فإذا دخل في الصوم وهو غير واجد للرقبة مضى في صومه وأجزأه كالتيمم يرى الماء بعد التلبس بالصلاة فإن قيل لم لا تلزمه العودة إلى العتق كالمعتدة بالشهور إذا رأت الحيض انتقلت إليه فالجواب أن المعتدة لم تبطل عدتها لأنها تعتد بما مضى قرأوا الواجد للرقبة لو أعتق لبطل ما تلبس به من صومه (مسئلة) ومن صام عن ظهاره لعدم الرقبة فافسد صومه بوطء امرأته بعد أن لم يبق عليه إلا يوم واحد فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة أن وجد رقبة حين أفسد صومه يلزمه العتق ولا يجزئه الصوم ووجه ذلك أن الاعتبار بحاله يوم الأداء وهذا لما أبطل ما تقدم من صومه ووجب عليه الاستئناس كان هذا وقت أدائه فلما كان غنيا حين ابتداء الأداء لم يجزه الصوم (مسئلة) ومن قال كل مملوك أملكه إلى عشر سنين حر ثم لزمه ظهار وهو موسر فإن صبرت امرأته هذه العشر سنين فلا

يصوم وان لم تصبر وقامت به ففرضه الصيام رواه ابن سعد عن أبيه
(فصل) وأما الصيام فصيام شهرين متتابعين والأصل في ذلك قوله عز وجل فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا وفي هذا حكاية أحدهما للتتابع والثاني خلوا الشهرين من جماعة الزوجة المظاهر منها وتقدمها على ذلك فاما للتتابع فان يتصل صيامها ولا يفصل بين شيء من ذلك فطر لغير عذر وقد قال ابن المواز من أفطر في سفره في صيام تطاهر ابتداء وان أفطر لمريض بني اذاصح والفرق بينهما ان المسافر لم يبع له الفطر لعجزه عنه وانما هو لتخفيف المشقة عليه والتتابع من باب المشقة وقد شرط عليه وأما المريض فأنما يبع له الفطر لعجزه عن الصيام كالحائض وكذلك من أفطر ناسيا لان الناسي معذور والله أعلم وقال الشافعي ان أفطر ناسيا أو مريضا ابتداء الصيام والدليل على ما نقوله ان هذا معني لا يمكن الاحتراز منه ولم يوجد باختياره فلم يبطل التتابع كالاختلام (مسألة) ومن جامع في صيام ظهارة ناسيا في المدونة من رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم يستأنف الصوم وأما اذا فصل بينه من يمنع الصوم بالشرع فقد تقدم ذكره في كتاب الصيام
(فصل) وأما ما ذكرناه من وجوب تقديم الصوم على الجماعة فهو لقوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا وذلك يوجب تمام صومهما قبل الملامسة والالم يكن صائما لشهرين متتابعين من قبل أن يتأسا وان جامع في أثناء صومه ليلا أو نهارا المظاهر منها أو غيرها نهارا ابتداء الصوم قاله في المختصر الكبير والمدونة خلافا للشافعي في قوله انه ان وطئها ليل لم يبطل صيامه والدليل على ما نقوله قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا فجعل ذلك شرطا في الصيام الواجب عليه الذي به يتخلص من حكم الظهار فمن جامع قبل أن يتم الصيام فلم يأت بصيام الشهرين من قبل أن يتأسا فلم يبرأ بذلك من صوم الظهار كالواحد بالعدد (مسألة) ومن شرع في كفارة الظهار ثم طلقها قبل تمامها ثم تزوجها فانه يستأنف الكفارة من أولها فان تمادى على تمامها فلا يغلو أن يكون طلاقه بائنا أو رجعيان كان بائنا فالمشهور من المذهب انه لا يجزئه وان تزوجها بعد ذلك استأنف الكفارة من أولها وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه يجزئه التماضي بعد ان بان منه اذا ابتداء الكفارة وهو مجمع على امساكها وجه القول الاول انه أتى بالكفارة في وقت ليست له بوجه فلم يجزه كالأول ابتداء الكفارة بعد اليئونة وانقضاء العدة ووجه القول الثاني ان الكفارة حكم الابتداء بها فاذا ابتدأها في وقت يصح فيه التكفير لم يمنع ما يطرأ بعد ذلك كالأول ابتداء الصيام معسرا ثم أيسر وهذا عندي معنى قول ابن نافع واحتجاجة في المدونة (مسألة) ولو كان الطلاق رجعي فالأفضل أن يرجع ثم يكفر فان كفر قبل ان يرجع وقبل أن تبين منه أجزاء قاله أشهب في الموازية وهذا اذا صام أو أطمع في العدة وقد بقي عليه شيء من ذلك فتمادى على صيامه فقد روى في المدينة محمد بن يحيى عن مالك انه ان أتم صيامه قبل انقضاء العدة أجزاء ولو بقي منه يوم واحد بعد انقضاء العدة لم يجزه وان صام لانها ليست له بوجه فان تزوجها بعد ذلك استأنف الصيام من أوله وهذا اذا كانت الكفارة بصيام فان كانت باطعام فانقضت العدة قبل تمامها فقد قال أشهب تبطل الكفارة فان تزوجها يومئذ استأنف الاطعام كله وقال أصبغ يني على الاطعام ويتبدى الصيام وجه القول الاول انها كفارة يبطلها تخلل الوطء فابطلها تخلل اليئونة كالصيام ووجه القول الثاني ان الاطعام ليس من شرطه للتتابع فلم يبطل باليئونة بخلاف الصيام
(فصل) وقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا يقتضي ان جواز الاطعام مرتب على

العجز عن الصيام وعدم الرقبة وفي المدونة قيل لابن القاسم من هذا الذي لا يستطيع الصيام فقال هو عندي الشيخ الذي لا يقوى على الصيام من كبر أو ضعف فلو أطعم مع القدرة على الصوم لم يجزه لقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا فأنما نقل إلى الإطعام من لم يستطع (مسئلة) والذي يجزئه منه في الجنس على حسب ما تقدم في كفارة اليمين وأما القدر فإنه يعود إلى معنيين أحدهما إلى عدد من يطعم والثاني إلى قدر ما يطعم فاما عدد من يطعم فهم ستون مسكينا والأصل في ذلك قوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ولو أطعم ثلاثين مسكينا مدين مدين لم يجزه حتى يستكمل العدد وليطعم ثلاثين مسكينا ما يجزئ كل واحد منهم ويجزئه (مسئلة) وأما القدر فقد روى ابن حبيب عن مطرف أن مالكا كان يفتي في كفارة الظهار بمدين لكل مسكين ويكره أن يقال مدهشام وهذا يدل على أنه ذكره أولا لما كان المستعمل بين الناس يبين به مقدار ما يلزم من ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على سبيل التقريب والتفسير كما يقول الإنسان في بلده يجزئك من هذا المدكذا على سبيل التقريب فلما بلغه أنه قد ظن به أنه جعل ذلك مقدارا في نفسه أنكره وكرهه (فرع) إذا ثبت ذلك أو ثبت تقديره بالمد فقد اختلف أصحابنا في مدهشام فقال ابن حبيب إن مدهشام الذي جعله لفرض الزوجة فيه مد وثلاث وروى ابن القاسم أنه مدان الثلاث وروى البغداديون من أصحابنا عن معن بن عيسى أنه مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا هو الصحيح عندي لو جهن أحدهما إن معن بن عيسى مدني فهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة مع ضبطه والثاني أن هذا المد موحد إلى اليوم وهو كيل السراة وغيرها من بلاد العرب وهو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لا شك فيه ولا مزية فقد شاهدت ذلك وباشرته وحققته وفي المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة أنه يطعم في كفارة اليمين عن كل مسكين من الخنطة بقدر ما يطعم أو وسط عياله في اليوم والليلة وكذلك في كفارة الظهار أيضا شبعه في اليوم والليلة وروى عيسى عن ابن القاسم يغديهم ويعشيهم أحب إليك أو يعطيهم خنطة في كل الكفارتين فقال أحب إلى مالك لو أعطاهم فإن أطعمهم أجزأ عنه يطعمهم خبزاً وأداما وهذا يقتضي مساواة كفارة الظهار لكفارة اليمين فيما يجزئ من الطعام ولو كان الأفضل والمستحب أن يزداد في كفارة الظهار ويبلغ المدين فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة أما الظهار فمد هشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لأنه جاء في الحديث فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بمدين مدين وقد قال تعالى في كتابه إطعام ستين مسكينا وفي المبسوط عن ابن القاسم مثل ذلك في المدين عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يقل فيه من أو وسط فأفضل الشبع مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم أو مد هشام والذي بينهما يسير قدر الثلاث وأما كفارة اليمين فإن الله تعالى قال فيه من أو وسط ما تطعمون أهليكم قال مالك الوسط بالمدينة مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم وأما بالبلدان التي يكفر فيها بالخنطة فالوسط من الشبع غداء وعشاء فوجه القول بتقديره بمدين من مد النبي صلى الله عليه وسلم أنه إطعام لم يجب بمعنى يتعلق بالصوم ولأنه كفارة يمين فكان الإطعام فيه بنفس الصاع كغدية الأذى ووجه القول الثاني أن الشرع لما ورد بإطعام ستين مسكينا ولم يقدر ذلك وكان أهل المدينة قد اتفقوا على أن مدهشام موضوع لتقدير النفقات الموسعات أشار إليه مالك ليرى قدر ما يختاره من ذلك لما يتعلق به من التغليظ لقليل الذمة ومتركب المحذور والله أعلم (فرع) وهذا المن كانت الخنطة قوته فاما الشعير لمن أجزأه أخرجه أو التمر في المدونة أرى أن يطعم في الظهار من الشعير والتمر عدل شبع مدهشام من الخنطة والأظهر

عندي انه يلزمه من التمر والشعير مد بمدهشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على ما يلزمه من
مكيلة القمح كزكاة الفطر والله أعلم (مسئلة) ومن صام عن ظهاره حين لم يجدر قبه ففرض في
أثناء الصيام فقدر وي زياد بن جعفر عن مالك انه ان كان مرضه مما لا يطعم بالبرء منه فانه يطعم وان
كان على غير ذلك انتظر ان يبرأ أو يبقى على ما كان صام وفي المدونة عن أشهب عن ابن القاسم انه ان
طال مرضه واحتاج الى امرأته جازله أن يطعم وان رجا البرء وجه القول الاول انه اذا كان مما
يرجو البرء منه انتظر ذلك لانه من الموانع التي تعرض في استدامة الصوم كالحيض يعرض للمرأة في
شهرى التابع فلا يجزئه الاطعام وان كان لا يرجى فليس من أهل الصيام فكان فرضه الاطعام
ووجه القول الثاني ان حصلت له المشقة بالحاجة الى أهله مع طول المرض وخوف العنت جازله
الانتقال الى الاطعام كالأعسار والله أعلم (مسئلة) وليس في نص القرآن ذكر الكسوة
في كفارة الظهار بل ظاهره يقتضي انها مقصورة على العتق أو الصيام أو الاطعام وقد ذكر الشيخ
أبو محمد في نوادره قال وان كسا وأطعم عن كفارة واحدة قال ابن القاسم في كتابه أسد وقال في
المجالس تجزئه وأظنه قول مالك وقال أشهب لا يجزئه. وأخرج من كتاب ابن المواز فيمن ظاهر من
أربع نسوة فأطعم عن واحدة ستين مسكينا وكسا عن أخرى ستين مسكينا ثم وجد العتق فأعتق
عن واحدة غير معينة ولم يقدر على رقة الرابعة فليطعم أو يكسو ويجزئه قال الشيخ أبو محمد انظر
قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره وانما ذكرته عن الشيخ أبي محمد ليكون أقوى في المذهب
فتحقق بهذا أن الكفارة في الظهار تتنوع أربعة أنواع عتق وصيام واطعام وكسوة وكانه ينوب
بعضها عن بعض ويحتمل هذا عندى وجهين أحدهما انه من باب اخراج القيم في الكفارات
فيخرج الكسوة عن الطعام اذا كانت مثل قيمته أو أكثر وكان يجب على هذا أن لا يراعى قدر
الكسوة والوجه الثاني أن تكون الكسوة لما نابت عن الاطعام في كفارة اليمين على عدد واحد
نابت ههنا عنه وغيرهما من الكفارات وان نابت بعضها عن بعض فعدد مخالف فاختصت الكسوة
بأنها من جنس الاطعام وقل من يقول به من العلماء والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يجوز
له الوطء في أثناء اطعامه ومن شرط اطعامه تقديمه على وطء المظاهر منها خلافا للشافعي والدليل
على ما نقوله ان هذه كفارة عن ظهار فكان حكمها أن تتقدم على الوطء كالعتق والصوم (مسئلة)
وسواء وطئ ناسيا أو عامدا فانه يبطل ما تقدم من اطعامه ويجب عليه ابتداء اطعام آخر والاصل
في ذلك ما قدمناه من وجوب تقديم جميعه على الوطء ومعنى ذلك أن لا يتخلله وطء ص **قال مالك**
في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس متفرقة قال ليس عليه الا كفارة واحدة فان تظاهر
ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا **ش** قوله في الرجل يتظاهر من امرأته
في مجالس شتى ليس عليه الا كفارة واحدة وهذا على اطلاق النية دون تقيدها بال تكرار مع
كون الظهار من جنس واحد مثل أن يقول لها أنت على كظهر أرى ثم يقول لها مثل ذلك
في ذلك المجلس أو مجلس آخر ونوى تأكيده القول الأول وتكراره أو لم ينو شيئا فليس عليه الا
كفارة واحدة لانها يمين واحدة تكررت في شيء واحد فكان اطلاقها يقتضي التأكيده كاليمين
بالله تعالى (مسئلة) ولو نوى بالقول الثاني كفارة ثانية ففي كتاب ابن المواز تلزمه كفارة ثانية
كاليمين بالله تعالى وهذا كله ما لم تنزله الكفارة الأولى بالوطء فان وطئ ثم تظاهر منها مرة أخرى
ففي مختصر ابن عبد الحكم عليه كفارة ثانية ووجه ذلك انه لما وقع الحنث بالوطء ولزمته الكفارة

* قال مالك في الرجل
يتظاهر من امرأته في
مجالس متفرقة قال ليس
عليه الا كفارة واحدة
فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر
بعد أن يكفر فعليه
الكفارة أيضا

كان ظهاره بعد ذلك ظهار مبتدأ له حكمه كالذي يحلف أن لا يدخل الدار مرارا ثم يدخلها لا يجب عليه الا كفارة واحدة ولو حلف أن لا يدخلها فحنت بدخولها ثم حلف مرة أخرى أن لا يدخلها كانت اليمين الثانية غير الأولى يجب فيها من الكفارة بالحنث غير ما يجب بالأولى (فرع) اذا قلنا ان تكرار الظهار بمعنى تكرار الكفارة يوجب تقدم ذلك من الكفارات فان أدى كفارة واحدة فان الشيخ أباح محمد كان يقول لا يحمل له وطؤها حتى يكفر بجميع الكفارات وقال الشيخ أبو الحسن والشيخ أبو عمران اذا كفر كفارة واحدة حل له وطؤها فان امتنع من وطئها من أجل سائر الكفارات كان موليا منها قال الشيخ أبو عمران لان سائر الكفارات نذر (مسئلة) ولو شرع في الكفارة عن ظهاره فلم يتمها حتى ظاهر مرة أخرى ففي كتاب محمد يبتدىء الكفارة من الظهار الثاني ويجزئه وقيل بل يتم الأول ثم يبتدىء وقال محمد هذا أحب الى اذا بقي اليسير منها وأما ان مضى يومان أو ثلاثة فيبتدىء ويجزئه لها وفي العتية عن أصبغ انه يجوز له أن يبتدئ الآن سواء صام من الأولى يسيرا أو كثيرا وجه قولنا بالاجزاء انها كفارة مقدمة على الحنث فاذا ظاهر منها وشرع في الكفارة ثم أردف ثانيا من جنس الأول سقط حكم الأول وثبت الثاني وتفرق اليمين بالله بان كفارتها اذا شرع فيها بعد الحنث لم يمكن اسقاطها فاذا كررت يمين أخرى كان لها حكمها كالأولى ولو لزمت في الظهار الكفارة الأولى فحنت ثم ظاهر بعد ذلك ظهارا آخر لكانت فيه كفارتان وذلك مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فحنت ثم قال بعد ذلك أنت علي كظهر أمي ففي هذا كفارتان قاله أصبغ في العتية وغيرها فوزان هذه المسئلة من اليمين أن يكفر قبل الحنث على رواية تجوز ذلك ثم يشرع في الصيام فيحلف في ذلك ثانية ثم يريد أن يكفر فانه تجزئه كفارة واحدة يبتدئها ووجه الرواية الثانية ان هذه يمين شرع في تكريرها فاذا كررت بعد ذلك كان الظاهر انها يمين مستأنفة كالمونوى بيمينه الثانية كفارة ثانية والأول أكثر في المذهب وأظهر * قال القاضي أبو الوليد والقولان عندي مبنيان على قولنا بوجوب الكفارة بالعودة أو على قولنا بصحة الظهار للعودة فاذا قلنا تجب بالعودة فانه اذا ظاهر مرة أخرى لزمه اتمام ما وجب عليه بالعودة الأولى ثم يستأنف الكفارة الثانية واذا قلنا لم تجب عليه بالعودة فانه يجوز له تركها متى شاء فاذا ظاهر بعد الشروع فيها فقد ترك الكفارة الأولى وتلزمه الثانية وكان بمنزلة من أتى بلفظ الظهار دون أن يشرع في الكفارة وقد رأيت نحوه لابي القاسم بن الكاتب

(فصل) وقوله فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا على حسب ما قال لأنه اذا تظاهر بعد أن أتم الكفارة فانه لا بد لذلك الظهار من كفارة لان الكفارة الأولى ليست بكفارة عما يأتي بعدها من الايمان وانما هي كفارة لما تقدم قبلها كفارة اليمين بالله تعالى ص * قال مالك ومن تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكفر عنها حتى يكفر ويستغفر الله * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت * ش قوله من تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر انه ليس عليه الا كفارة واحدة لا يقتضي اباحة ذلك بل هو محظور لقوله تعالى فتعزير رقيقة من قبل أن يتأسا لكنه من اجترأ ووطئ قبل أن يكفر فقد تقرر عليه وجوب الكفارة وليس عليه غيرها لان ظهاره واحد فيجب به كفارة واحدة لكن من حكمها تقدمها على الوطء فاذا وجد الوطء قبلها لم يؤثر ذلك في اسقاط الكفارة ولا في الزيادة عليها وذلك أن الكفارة بعد وجوب التظاهر ثلاثة أحوال حالة لا تجزئ فيها الكفارة وهي قبل العودة فن كفر

* قال مالك ومن تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكفر عنها حتى يكفر ويستغفر الله قال مالك وذلك أحسن ما سمعت

حينئذ فهل تجزئته كفارته تلك أم لا روى سحنون عن أبيه أن المتظاهر يكفر بعدنية العودة لكن يريد أن يطلقها أو يقول إن راجعها حلت لي بغير ظهار لا تجزئته حتى ينوي العودة قال وهو قول أكثر أصحابنا أن من كفر بغيرنية العودة لم يجزئه وقد رأيت للشيخ أبي عمران أن ابن القاسم لا يراعي العودة وإنما يراعي ذلك ابن الماجشون وسحنون فعلى هذا يجوز على قول ابن القاسم أن يكفر قبل العودة ولذلك قال ابن سحنون في المنع من ذلك أنه قول أكثر أصحابنا وأما الخالف بالظهار أن فعل كذا فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لا يجزئته أن يكفر قبل الحنث كمن حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا لا يقدم الطلاق قبل الحنث ولو حلف ليفعلن كذا بطلاق أو ظهار فإن له تقديم الكفارة والطلاق قبل الحنث وهذا لأن الخالف ليفعلن على حنث من وقت يمينه فلا يقال فيه على الحقيقة كفر قبل الحنث وإنما يريد بذلك قبل أن يفوته الذي حلف ليفعلنه والله أعلم (مسئلة) والحالة الثانية إذا وجدت العودة قبل أن يوجد الوطء فإن الكفارة في هذه الحال مجزئة وليست بلازمة رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك وقال لو طلقها أو ماتت سقطت عنه الكفارة ولو شرع فيها لسقط عنه بآتيها إلا أن يتزوجها بعد الطلاق فتثبت الكفارة ثانية وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم أنه إذا أجمع على العودة لزمت الكفارة وإن مات أو طلقها قال ابن عبد الحكم أخبرني أشهب عن مالك وبه قال أصبغ (مسئلة) والحالة الثالثة بعد الوطء فإنها حالة يتقرر فيها وجوب الكفارة وكذلك لو ماتت أو طلقها لزمه إخراج الكفارة على كل حال ولو كان شرع فيها قبل أن يموت أو طلقها لزمه إتمامها

* قال مالك والظهار من ذوات المحارم من الرضاة والنسب سواء * قال مالك وليس على النساء ظهار

(فصل) وقوله ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله دليل على أنه قد أتى المحذور من تقديم المسيس قبل الكفارة فيجب أن يتوب من ذلك ولا يستدعيه بل يستغفر الله تعالى مما تقدم منه (مسئلة) وللرأفة أن تمنعه نفسها قبل أن يكفر ويحول السلطان بينه وبينها ويؤدبه أن أراد ذلك قاله ابن القاسم في المدونة ووجهه أنه أراد ارتكاب المحذور المزجور عنه فوجب ردعه عنه بالأدب وفي المدونة ويكون معها في البيت ويدخل عليها بالاذن إذا أمنت ناحيته ص * قال مالك والظهار من ذوات المحارم من الرضاة والنسب سواء قال مالك وليس على النساء ظهار * ش وهذا كما قال ابن الظهار لازم من جميع ذوات المحارم فمن حرمت عليه بازضاة أو بالنسب ولم يذ كر تحريم المصاهرة لام زوجته وزوجة أبيه ويجب أن يكون حكمهن حكم من ظاهر لانهن ممن حرم عليه على التأيد وفي المبسوط والمدونة عن ابن القاسم فإن ظاهر من صهر فهو مظاهر في رأيي لأن الله تعالى قال ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء (مسئلة) ومن قال لا أمر أنه أنت على كظهر أمي أو ابني أو رجل من الناس فهو ظهار رواه ابن زيد عن عيسى بن دينار وعن يحيى بن يحيى عن ابن نافع ووجه ذلك أنه شبه أمر أنه بظهر من هو عليه كذوات المحارم وأشد تحريمها فلزمه الظهار كما لو شبهها بظهر بهيمة وكذلك من قال لزوجه أنت على كبعض من حرم القرآن (مسئلة) وأما من قال لا أمر أنه أنت على كظهر من تحلل له من أمائه وأزواجه فليس بمظاهر قاله الشيخ أبو اسحق ووجه ذلك أنه إنما شبهها بمباحة فبقيت على حكم الإباحة

(فصل) وقول مالك ليس على النساء ظهار يريد أنه لا يلزمهن أن يظاهرن من الأزواج لأن التحريم ليس اليهن وإنما التحريم إلى الأزواج كالطلاق ولو طلقت المرأة زوجها لم يكن له حكم الطلاق وأصل هذا قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فعلى الحكم بازجال في نسائهم وبالله

تعالى التوفيق ض * قال مالك في قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة فان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمساها حتى يكفر كفارة المتظاهر * ش قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم قال مالك النساء واقع على الاماء الحرار والاماء الزوجات والسراري واحتج على ذلك بقوله تعالى وأمهات نسائكم وهذا عام في الزوجات والسراري

(فصل) وقوله عز وجل ثم يعودون لما قالوا قال مالك ان تفسير ذلك يعني العودة أن يجمع بعد الظهار على امساكها واصابتها هذا الذي كره في الموطأ وعليه أكثر أصحابه وقد قيل عنه غير ذلك مما سنبينه ان شاء الله تعالى وأصل هذا أن العلماء اختلفوا في الكفارة بماذا تتعلق فذهب مالك ومعظم الفقهاء الى أنها تتعلق بشرطين وجود الظهار والعودة وقال مجاهد والثوري تجب بنفس الظهار دون شرط آخر والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتعزير رتبة من قبل أن يتأما فعلق الكفارة بالظهار والعودة فن قال انما تجب بنفس الظهار دون العودة فقد خالف النص لان الحكم متى علق على صفتين كان الظاهر انهما شرطان في ثبوته كما لو قال رجل من أسلم وشرب الخمر فاجلدوه كان الظاهر أن الوصفين شرطان في وجوب الجلد (مسئلة) اذ انت أن العودة شرط تتعلق به الكفارة كالظهار فاختلف العلماء ماهي ولما لك في ذلك ثلاثة أقوال قال الشيخ أبو القاسم احدى الروايتين العزم على امساكها والثانية العزم على وطئها وقد ذكر في الموطأ الأمرين جميعا ويقتضي قوله هذا أن افراد كل واحد منهما بالعزم عليه عودة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهما عندي راجعان الى معنى الامساك لان من عزم على الوطء فقد عزم على امساكها الى أن يطاق وليس من شرط العزم على الامساك أن ينوى امساكها أبدا بل لو عزم على امساكها سنة لكان عازما على الامساك وأما العزم على الوطء قال أحمد بن حنبل روى عن مالك أبو القاسم بن الجلاب وغيره رواية أخرى ان العزم هو نفس الوطء وبه قال الحسن والزهرى وطاوس قال الشافعى أن يمضى من الزمان مدة يمكنه فيها ايقاع الطلاق فلا يوقعه والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتعزير رتبة من قبل أن يتأما وثمرته يقتضي المهلة فدل ذلك على أن العودة تكون بعد ايقاع الظهار بمهلة ووجه آخر وهو أن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا يقتضى أن تكون العودة من فعل المظاهر إما عزم وإما غيره وإما أن تكون يمضى الزمان وترك طلاق فهو عدول عن الظاهر ومن جهة المعنى ان هذه كفارة يمين فيجاز أن يتأخر وجوبها عن اليمين أصل ذلك كفارة اليمين بالله تعالى (مسئلة) فاذا قلنا ان العودة تتقدم وتتأخر فذهب داود الى أن العودة هي إعادة لفظ الظهار والدليل على ما نقوله ان الكفارة انما تجب في الايمان بمخالفة اليمين ومن ظاهر اقتضى ظهاره تعزيم زوجته فاذا أراد استباحتها فقد عاد فيما ترك ورجع الى الوطء الذى حرم وفي مثل هذا يقال عاد فلان لكنا والى كذا اذا كان قد تركه وحرمه ثم رجع اليه ولذلك يقال عاد فلان لشرب الخمر اذا كان قد أظهر التوبة منه ثم رجع اليه ولو كان التامظ بالظهار ثانيا يوجب الكفارة لا وجهها الاول فلما لم يوجبها الاول لم يوجبها الثانى لانهم ما من جنس واحد لفظا ومعنى وقد قال بعض أصحابنا ان قوله تعالى والذين يظاهرون من

* قال مالك في قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه * قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمساها حتى يكفر كفارة المتظاهر

نساءهم ثم يعودون مثل قوله تعالى الذين يؤلون من نساءهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا لا يصح أن يراد بالقيته ههنا إعادة الإيلاء فكذلك لا يصح أن يراد بالعودة إعادة الظهار وقال الأخفش تقديره والذين يظاهرون من نساءهم ثم يعودون فتعبر برربة لما قالوا والله أعلم من أجل ما قالوا

(فصل) وقوله فإن أجمع على ذلك فقد وجبت الكفارة عليه يقتضى وجوبها بنفس العزم وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يجب عليه وجوباً متفرقاً كوجوب الكفارة بعد الحنث الذى لا يخرج منه الإيلاء والثانى أن لا يجب بالعودة وإنما يكون شرطاً فى استباحة الوطء كالطهارة التى لا تجب لنفسها وإنما تجب على من أراد صلاة أو مس مصحف لاستباحة ذلك وقد روى عن مالك ما يدل على المعنيين فى كتاب ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم قال مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة إن معنى قول الله سبحانه ثم يعودون لما قالوا إنه إرادة الإمساك والوطء فإذا أجمع على ذلك لزمته الكفارة إن ماتت أو طلقها وقد تقدم ذكره فهذا على المعنى الأول وأما على المعنى الثانى وهو الأظهر من مسائل أصحابنا وأقوالهم واليه ذهب أبو حنيفة وقد روى ابن القاسم وأشهب أنه إذا أجمع على الإمساك ثم صام بعض الكفارة ثم بانته منه أنه لا شيء عليه فإن نكحها يوماً ابتداءً ولو تقرر وجوبها لم تسقط عنه بذلك ألا ترى أنه لو وطئ ثم بانته منه أو طلقها لم تسقط عنه الكفارة لما تقرر وجوبها عليه بالوطء

(فصل) وقوله وإن طلقها ولم يجمع بعد تظاهرها منها على إمساكها وأصابها فلا كفارة عليه يدل على رواية ابن عبد الحكم أن الكفارة لم تجب بعد عزم الإجماع على الإمساك ويقتضى أن الإجماع على الإمساك عودةً أما على رواية ابن القاسم فى أن الطلاق بعد العودة يسقط الكفارة ويسقط التماضى على ما قد شرع فيه منها فإنه لا معنى لاشتراطه أن لا يجمع على الإمساك قبل أن يطلقها

(فصل) وقول مالك فإن تزوجها بعد لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر يقتضى بقاء حكم الظهار وهو المنع من المسيس قبل الكفارة ويقتضى قوله أن الإجماع على الإمساك عودة ص **قال** مالك فى الرجل يظاهر من أمته أنه إن أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يوطئها **ش** قوله إن أراد من تظاهرها من أمته أن يصيبها فعليه كفارة الظهار يقتضى تعلق الظهار بالأمة كتحلقه بالزوجة خلافاً للشافعى وقد تقدم وقال الشافعى فبين تزوج أمة فظاهرها ثم اشتراها أنه لا يوطئها بمالك اليمين حتى يكفر وهذا يدل على أن للظهار تأثيراً فى تحريم الوطء ولولا ذلك لوجب أن تحلل له بمالك اليمين ص **قال** مالك لا يدخل على الرجل إيلاء فى تظاهرها إلا أن يكون مضاراً لا يريد أن يفيء من تظاهرها **ش** قوله لا يدخل على الرجل إيلاء فى تظاهرها يريد أن يكون تظاهراً غير معلق بصفة وإن علقه بصفة مثل أن يقول إن لم أفعل كذا أو كذا فإنه يضرب له أجل الإيلاء من يوم يرفعه إلى السلطان ويلزمه حكم المولى لأن الوطء ممنوع محرم عليه حتى يفعل ما علق يمينه به فإذا كان ممتنعاً من الوطء لأجل يمينه بالظهار ولم تكن اليمين مباشرة للمنع من الوطء لم يدخل عليه الإيلاء إلا إذا طالبت الزوجة بذلك ورفعت فيضرب له السلطان من ذلك اليوم أجل المولى (مسئلة) وأما إذا كان الظهار مطعاً غير معلق بصفة فلا يدخل عليه بمجرد الظهار لأن يمينه لم تبشر بالمنع من الوطء وإنما تحريم الوطء حكم من أحكامه كالطلاق الرجعى

(فصل) وقوله إلا أن يكون مضاراً لا يريد أن يفيء من تظاهرها معنى ذلك أن يجحد الكفارة فلا يكفر قاله مالك فى المبسوط قال مالك وإذا لم يتبين ضرره لم يوقف إلا أن يطول ذلك وروى أشهب

قال مالك فى الرجل يظاهر من أمته أنه إن أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يوطئها **قال** مالك لا يدخل على الرجل إيلاء فى تظاهرها إلا أن يكون مضاراً لا يريد أن يفيء من تظاهرها

عن مالك في المتظاهر لا يجسد ما يعتق ولا يقدر على الصيام ولا يجسد ما يطعم فلا يخرج له وليكف عن أهله حتى يجسد ما يكفر به يريد ولا حجة لها في هذا ثلاثة أحوال أحدها أن يتبين ضرره فيدخل عليه الإيلاء والثانية أن لا يتبين ضرره ولا عذره فلا يدخل عليه أجل الإيلاء بطول المدة والحالة الثالثة أن يتبين عذره فلا يدخل عليه إيلاء جلة (مسئلة) واختلف قول مالك في أجل الإيلاء في المدونة يبتدأه أجل المولى عند ما يرى الناس من اضراره ثم يجري بحساب المولى تأول بعض القرويين على أنه يضرب له الأجل من يوم يتبين ضرره وفي كتاب محمد أجله من يوم المتظاهر ولذلك اختصر بعض المختصرين مسألة المدونة والذي عندي أن القولين في المدونة وقدينته في شرح المدونة والله أعلم ص * مالك عن هشام بن عروة أنه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ما عشت فهي علي كظهر أمي فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة * ش قال ابن مزيين قلت لعيسى بن دينار أرأيت معنى هذا أي أول امرأة يتزوجها عليها فإنه يعتق عنها رقبة ثم إن تزوج بعد ذلك فلا شيء عليه قال نعم هو معنى قوله وبه أخذ وهو قول مالك بمنزلة من تظاهر من نسوة له في كلمة واحدة فليس عليه إلا كفارة واحدة يجزئ بها عنهن وقال يحيى بن يحيى عن نافع بن نافع لست آخذه ولكني أرى أنه قد تظاهر من كل امرأة ينكحها عليها فكلما نكح امرأة كفر عنها قبل أن يمسه كفارة عن كل امرأة ومثله في كتاب ابن المواز فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فإنه تلزمه كفارة عن كل امرأة يتزوجها أبدا وفي العتبية عن مالك من رواية ابن القاسم مثل ما في الموطأ من قال كل امرأة أتزوجها عليك ما عشت فهي علي كظهر أمي يجزئه في ذلك كفارة واحدة والله أعلم وأحكم

* ظهار العبد *

ص * مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد أنه يقع عليه كما يقع على الحر * ش وهذا كما قال أن ظهار العبد كظهار الحر في لزومه وتعلق أحكامه به على ما فسرته مالك رحمه الله من أنه يقع عليه كما يقع على الحر والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا الآية ولم يفرق بين الأحرار والعبيد ولا يجوز أن يقال إن العبد لما يكفر بالعتق ليس من أهل الظهار ولا مخاطب بالآية كما لا يجوز أن يقال ذلك في المعسر الضعيف عن الصيام لأنه قد قال تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين والعبد ليس بواجب للرقبة فيصوم شهرين فحكمه ثابت بالآية ص * قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد في الظهار شهران * ش قوله أن ظهار العبد عليه واجب يريد أنه يلزمه ويثبت في حقه حكمه وقوله وصيامه في الظهار شهران يريد أن حكمه في قدر الصيام حكم الحر لأن صيامه على وجه الكفارة والكفارات يستوي فيها حكم الأحرار والعبيد كسائر الكفارات وأما العتق فلا يثبت في حقه لوجهين أحدهما أنه محجور عليه في ماله والثاني أن الولاء لا يثبت له فأما الحجر عليه فإن المحجور عليه على ضربين أحدهما أن يحجر عليه لحق نفسه كالسفيه المولى عليه فهذا يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق وأما الذي يجب عليه به فاختلاف أصحابنا في ذلك ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أن له أن يعتق بغير إذن وليه أن كان مليا وأن لم يكن له الرأس لم أحب له إلا الصيام وقال أصبغ في الموازية لا يجزئه إلا العتق أن كان له مال فإن لم يكن له مال صام

* وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة أنه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ما عشت فهي علي كظهر أمي فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة * ظهار العبد *

* حدثني يحيى عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد أنه يقع عليه كما يقع على الحر * قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد في الظهار شهران

ولا يمنع من الصوم فان أبي فهو مضار وروى ابن نافع عن مالك يرفع ذلك الى السلطان فان رأى العتق خيرا له من فراق أهله أعطاه رقبة يكفر بها وان رأى ذلك خيرا فرق بينه وبين امرأته ولا يصوم ومن المدينة قال ابن المواز ان لم ير له وليه الكفارة بالعتق كفر هو بالصوم فقول ابن وهب مبنى على أصليين أحدهما ان ماتقرر وجوبه بالشرع من حقوق الله ليس مصر وفاؤاؤه الى اذن الولي فاذا أخرج المولى عنه نفذا خراجا وأجزأ عنه كزكاة ماله والوجه الثاني ان منع الولي من العتق على وجه صحيح من النظر يقوم مقام عدم الرقبة في جواز الانتقال الى الصوم وقول مالك مبنى على ان للسلطان النظر في ذلك لما كان الخروج عن هذا الحق يصح بوجهين كان له النظر في أرشدهما وعلى ان منع السلطان من العتق لا يبيح الانتقال الى الصوم مع وجود الرقبة وانما له النظر في أرشاد الامرين العتق عنه أو الطلاق عليه وقول ابن المواز مبنى على ان للمولى النظر في انفاذ العتق أو منعه واذا منع منه قام ذلك مقام عدم الرقبة فانتهى الى الصوم (مسئلة) وأما المحجور عليه لحق غيره كالعبد فانه لا تجوز له الكفارة بالعتق لمعنيين أحدهما حق السيد والثاني ان الولاء لا يثبت وذلك يمنع وقوع العتق عنه وعن مالك في المدونة والمبسوط لا يجزئه العتق وان أذن له السيد فيه لأنه لا يكون له الولاء وقد قال عبد الملك بن الماجشون لا يكفر بالعتق لأن الولاء لسيد (مسئلة) فاذا قلنا لا يجوز له العتق وان فرضه الصيام فهل لسيد أن يمنعه منه أم لا ففي كتاب ابن المواز روى ابن القاسم عن مالك لأخيه منعه اذا أضر ذلك بهم في خدمته وعمله واذا لم يضر ذلك بهم وانما قصد واليفر قوايينه وبين أدله أجبر وعلى ذلك وقال ابن الماجشون ليس لسيد منعه من الصوم وان أضر ذلك به في عمله وقاله محمد بن دينار في المدينة وقال لو شاء سيده لم يأذن له في النكاح وجه قول مالك انه معنى أدخله على نفسه فليس له أن يدخل على نفسه ما يضر بسيد في عمله كحقوق الأديمين ووجه قول ابن الماجشون ان هذا صوم قد ثبت عليه فلم يكن لسيد منعه كالفرض ولأن هذا من أحكام النكاح التي قد ملكها بالنكاح فلا يكون لسيد منعه الا بما يتعلق بماله (فرع) فاذا قلنا بقول مالك له منعه اذا أضر ذلك به ففي كتاب ابن محنون عن مالك ان كان يؤدي الخراج لم يكن له منعه فان قوى على صومه وعمله فلا يمنع ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) فاذا كان يضر بعمله وسوغنا للسيد منعه من الصوم فقد قال ابن القاسم ان منعه سيده الصيام وأذن له في الاطعام أجزاء قال مالك في المبسوط ان أذن له سيده في الاطعام فالصيام أحب الى منه قال ابن القاسم لا أدري ما هذا وليس يطعم أحد يستطيع الصيام ولا أرى جواب مالك في المسئلة الا وهما ولعله أراد كفارة اليمين قال القاضي أبو اسحق معناه أن لا يقدر على الصوم فيقول الاطعام يجزئه وليس يستحسنه لأن للسيد التصرف فيه قبل أن يخرج به الى المساكن ويحتمل عندي أن يكون معنى ذلك أن الصوم يضر به في عمله فللسيد منعه منه على قول مالك ويأذن له في الاطعام فالصيام كان أفضل ان يأذن له فيه ويحتمل أن يريد به انه لا يصوم الا باذن السيد ولا يطعم الا باذن السيد فالصيام أحب اليه أن يأذن فيه لأنه لا يقدر السيد أن يمتعه قبل انفاذه ويقدر على ازالة المال منه قبل انفاذه وقال ابن الماجشون ولأنه لو شاء رجع عن اذنه وفي المدينة قال محمد بن ابراهيم بن دينار ليس على العبد المتظاهر عتق ولا اطعام ولو كان يجتديطع ويعتق ولكن يصوم وقال ابن الماجشون في المبسوط لا يطعم لان اذن السيد لا يخرج الاطعام من ملك السيد الا الى المساكن قال الشيخ أبو محمد يريد أن ملك العبد غير مستقر ولفظه يقتضي

غير هذا لانه اذا كان ملكه غير مستقر عليه لم يوجب ذلك أن يكون من ملك السيد وانما يقتضى قول ابن الماجشون هذا ان العبد لا يملك انما يملك ما يضاف اليه من مال سيده وجهه وابه ابن القاسم ان العبد يملك ما يطعم وليس في الاطعام معنى يراعى غير اذن السيد لانه ممنوع لحق السيد فاذا أذن فيه السيد جاز كالصوم ووجه قول ابن الماجشون ما قدمناه ص ﴿ قال مالك في العبد يتظاهر من امر أنه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه ﴾ ش وهذا كما قال ان العبد لا يدخل عليه ايلاء بنفس الظهار ولا بالتوقيف لان صيامه شهران وأجله في الايلاء شهران فان أفطر ساهيا أو لمرض يقضى أحل الايلاء قبل تمام الكفارة ولا يجوز أن يضرب أحل الايلاء على هذا وهذا القول من مالك يحتمل وجهين أحدهما انه لا يضرب له أجل الايلاء بوجه ولو أذله سيده في الصوم لان صومه لا ينقضى حتى ينقضى أجل الايلاء وتعليل مالك في الموطأ يقتضى غير هذا غير اني لأعلم أحدا من أصحابنا قال بذلك ولا يوجد مالك على هذا التفسير ولعله أراد ان هذا من بعض ما يعتذر به العبد في رفع أجل الايلاء عن نفسه والثاني أن يريد العبد الصوم ويمنعه منه سيده لانه يضربه فان في ذلك عذرا للعبد يمنع دخول الايلاء عليه وبه قال أصبغ وقدرى ابن القاسم عن مالك لا يدخل على العبد ايلاء الا أن يكون مضارا لا يريد أن ينفى أو يمنعه أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر فهذا يضرب له أجل الايلاء ان رافعه امر أنه فعنى ذلك ان الأجل انما يضرب بالشرع في الكفارة اذا امتنع منها وكذلك اذا منعه منه أهله فأنما يضرب له الأجل ليمنح أهله في أثناء ذلك التكفير بالصيام وأما أصبغ فلم يمنع أهله من الصيام ضررا يدخل عليه به الايلاء لانه ليس من قبله وانما هو حر يملكه غيره كما لا يدخل على الحر الايلاء بترك عتق عبدا يملكه والله أعلم

﴿ ما جاء في الخيار ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت إحدى السنن الثلاث أنها أعتقت نخيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تغفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يا رسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لاتأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا حدية ﴾ ش قول عائشة رضي الله عنها كان في بريرة ثلاث سنن تريد ثلاثة أحكام مشروعة سنهار رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت أسبابها مختصة ببريرة وفي هذا ما يدل على أن تحتفظ أسباب الأحكام مما اهتيل به الصحابة رضي الله عنهم ونقله عنهم العلماء لان ذلك عون على فهم معنى الحكم وعمومه أو خصوصه ووجه تعلقه بمن تعلق به من اختصاص به أو تعداى غيره وفيه عون على حفظ الأحكام واستدامة حفظها

(فصل) ثم فسرت ذلك فقالت ان إحدى السنن الثلاث انها أعتقت نخيرت في زوجها ومعنى ذلك انها كانت أمة وكان زوجها عبدا اسمه مغيث كذلك روى ابن عباس رضي الله عنه نخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في البقاء معه على حكم الزوجة أو المفارقة ولا خلاف في ذلك اذا كان الزوج عبدا لان الحرية رتبة أرفع من رتبة الزرق وليس للعبد أن يتزوج حرة الابأن يبين لها أمره

قال مالك في العبد يتظاهر من امر أنه انه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه

﴿ ما جاء في الخيار ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت إحدى السنن الثلاث انها أعتقت نخيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تغفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يا رسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لاتأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا هدية

ولو غيرها ثم اطلعت على أنه عبد كان لها مفارقتة فلما تزوج العبد أمة وكانت من نسائه مساوية له في الرتبة لم يكن لها خيار ما كانت رقيقا مثله فاذا ارتفعت رتبته بالحرية كان لها أن تفارقه لنقصه عن رتبته أو تقيم معه (مسئلة) وان كانت مدخولا بها فقد اختلف قول مالك فيه فقال مرة ليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة هذا الذي ذكره في المدونة وأكثر الكتب وفي المدينة أن قوله الاول لها ايقاع أكثر من ثلاث روى عبد الرزاق بن دينار عن محمد بن يحيى قال مالك اذا أعتقت الأمة تحت عبد كان لها أن تطلق نفسها أكثر من تطلقه واحدة قال محمد بن يحيى وقد قال ليس لها ذلك قال عيسى بن دينار قال ابن القاسم يقول مالك الاول لها ذلك وفي المبسوط من رواية أبي ثابت عن ابن القاسم ثنتين لأن ذلك جميع طلاق العبد ولعله مما أصلحه أبو ثابت والقاضي أبو اسحاق على أن لقوله ثلاثا وجهان ثغاسنينه ان شاء الله تعالى فوجه قوله انه لا يملك الا طلاقه بئنة ان عدد الطلاق انما هو حكم مختص بالأزواج ولما حصل للزوجة ما يملك به نفسها وجب أن تكون طلاقه بئنة ولو كانت تملك عدد الطلاق لكانت الواحدة رجعية والطلاق الواجب بالشرع هو بائن وان عرا عن العوض ووجه الرواية الثانية أن جهة الزوجة لما انتقل اليها الطلاق انتقل اليها العدد وكانت جهة حرية فكملت فيها الثلاث وبين هذا أن زياد بن جعفر روى عن مالك انه انطلقها بئنة أو طلقين فانها أملك لنفسها وهو خاطب من الخطاب فلم يحرمها عليه بالثنتين فدل ذلك على انها لا تبين الا بالثلاث وروى محمد بن يحيى الشيباني عن مالك في المدينة كانت تحت عبد فطلقها ثم أعتقت في عدتها فاختارت نفسها فقتلها بئنة منه لان طلاق العبد ثقتان فثبت ان في المسئلة واثنتين قال محمد ولو اختارت نفسها ولا بئنة لها كانت واحدة بئنة ومعنى ذلك ان اللفظ اذا كان موضوعا للطلق الواحدة وصرح أن يقع به الثلاث فان اطلاقه يقتضي الواحدة كقول الزوج أنت طالق وفي المبسوط انه طلاق وليس بفسخ (مسئلة) واذا كان الزوجان نصرانيين وسيدا هما مسلمين كان ذلك حكمهما قاله أشهب في العتبية والموازية لان السيد لما كان له تعلق بالفرقة من استباحة الأمة بملك اليمين كان الحكم بين مسلم وكافر فاجرى على حكم الاسلام وروى عن أصبغ انه قال وكذلك لو كان السيد نصرانيا وأنكرها سحنون وقال لا يعرض لهم (مسئلة) واذا كان نصف الأمة حرافة أعتقت تحت عبد فلها الخيار رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ان حكمها حكم الأمة ما بقي فيها شعبة من الرق فلا خيار لها كما لا خيار للأمة وفي المبسوط عن مالك في الأمة تحت العبد يعتق بعضها لا خيار لها حتى يعتق جميعها فاذا كل عتقها انتقلت الى حكم الحرية فثبت لها الخيار ولو أن مدبرة أو أم ولد تو في سيد هما فعتقا أو مكاتبه أدت كتابتها كان لها الخيار اذا كان الزوج عبدا رواه القعني عن مالك في المبسوط ووجه ذلك ما قدمناه من وجوب الخيار بهما العتق (مسئلة) فان أعتقت الأمة في حال حيض ففي العتبية من رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم لا تختار حتى تطهر فان اختارت مضى فان أخرت فعتق الزوج قبل أن تطهر لم يقطع ذلك خيارها ووجه ذلك أنه قد ثبت لها الخيار في وقت لم يكن للزوج المنع منه وانما أخرت ايقاعه للشرع لارضى بالزوجية فكانت باقية على خيارها وفي المبسوط من رواية القعني عن مالك اذا أعتقت تحت العبد فلم يبلغها حتى عتق زوجها بطل خيارها وقال لا خيار لها اذا لم تختار حتى يعتق زوجها ويحتمل هذا أن يكون على روايتين ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن الحائض ممنوعة بالشرع والله أعلم (مسئلة) ولو أن أمة تحت عبد قالت متى أعتقت فقد اخترت نفسي أو اخترت

زوجي في العتية من رواية أشهب عن مالك ليس ذلك بشئ وروى عن مالك في الحرية ذات الشرط في النكاح والتسري تقول متى فعل شئ من ذلك زوجي فقد اخترت نفسي ان ذلك لها قال المغيرة هما سواء ولا شئ لهما فالفرق بين الامة تعتق والحرية تأخذ بشرطها على رواية أشهب عن مالك ان الامة ليست بصفة من يختار فلذلك لم يجز خيارها والحرية بصفة من يختار ومن قد ثبت لها الخيار وانما علق نفوذ بصفة مخصوصة فقد أوقعته على حسب ما جعل اليها من تأخير الوقوع ولم يعلق بوجود تلك الصفة ايقاعها الطلاق وانما علق بها وقوعه ووجه قول المغيرة ان الحرية انما جعل ذلك اليها في وقت مخصوص وهو بعد أن يوجد من الزوج النكاح أو التسري فكما لا يصح وقوع الطلاق قبله فكذلك الامة لان الشرع انما جعل ذلك لها بعد وجود العتق فليس ذلك لها قبله

(فصل) وقوله رضى الله بها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق معنى ذلك ان بريرة كان أهلها وهم بنو هلال كاتبوها فارادت عائشة رضى الله عنها أن تشتريها ويكون ولاؤها لها وأراد أهلها أن يبيعوها ويستثنوا ولاءها فجوز النبي صلى الله عليه وسلم البيع وأبطل اشتراط البائعين الولاء وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يصح ذلك عندنا على أصول نبينا بعد في كتاب الكتابة ان شاء الله تعالى فمن ذلك أن تكون بريرة قد عجزت عن أداء ما وجب عليها من نجومها وصارت في حكم من عاد الى الرق فلذلك أجاز بيعها ووجه ما أمر به صلى الله عليه وسلم من ابطال اشتراط الولاء ان الولاء ليس مما يتناول البيع وانما هو شئ يترتب بالعتق وانما يملك المشتري منافع العبد مادام حيا في رقه وهي التي يتناولها شراؤه ومن اشترط الولاء فانما اشترط معنى يثبت بعد زوال الملك فصح شراؤه ولم يؤثر استثنائه في العقد لانه لم يتناول الاستثناء ما يتناوله عقد البيع وانما تناول معنى آخر لا يثبت الا بعد استيفاء المبيع وقد اختلف العلماء فيمن نكح على أن لا ميراث بينهما ففي الموازية عن أصبغ يفسخ وان دخل وقال محمد ليس بنكاح لا يتوارث في أصله فيكون حراما وانما دفع الميراث بالشرط فأحب الى أن يسقط الشرط ويثبت النكاح وبلغني ذلك عن مالك والمغيرة وقال بعض من تكلم على هذا الحديث ان الولاء اشترطته عائشة رضى الله عنها لنفسها وان معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم واشترط لي لم الولاء أى اشترطه عليهم لان اللام قد تكون بمعنى على وهذا الذي قاله غير صحيح من وجوه أحدها ان اللام على أصلها لا يجوز أن يعدل بها عن ذلك الا بدليل والثاني أنه صلى الله عليه وسلم زجر عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرط ليس في كتاب الله فشرطه باطل كتاب الله أحق وانما الولاء لمن أعتق ووجه ثالث ما روى هشام عن أبيه عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في ذلك فقال ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان والولاء لي انما الولاء لمن أعتق وروى عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أرادت عائشة أن تشتري جارية لتعتقها قال أهلها على أن ولاها لنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق وهذا نص في منع ذلك التأويل والله أعلم

(فصل) وقوله ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم تريد ملوأة باللحم وما كان معه من مرقه حتى صارت تفور بالغليان فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت يريد ما يكون مدخرا في البيوت كالسمن والملح ولا يكاد يعدم منها وقوله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم انكار لتقديمهم اليه مادون اللحم من الادم مع وجود اللحم وهذا يدل على انه صلى الله عليه وسلم لم يكن يقدم

اليه الا أفضل ما يكون عنده من الادم والطعام ويدل على ان كل الانسان أفضل مامعه من الادم
ليس بمناف للورع لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من الطيبات واعملوا صالحا اني بما تعملون
عليم لان الورع انما هو في سلامة المكسب من الشبهة وبعد ذلك فان الايثار به وجه من وجوه البر كما
ان انفاقه على العيال والتوسعة منه عليهم وجه من وجوه البر

(فصل) وقولهم بلى يا رسول الله ولكنه لم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة اخباره
بالوجه الذي منع من تقديمه اليه وهو انه لا يأكل الصدقة وهذا مما تصدق به على بريرة وهذا يدل على
أنه لم يكن يمتنع منه لفضله على سائر الادم ولو عهد منه تركه لذلك كما عهد منه تركه أكل الصدقة لجووب
به وليس من هذا الباب السرف في المطعم والخروج به عن العادة وما اتخذ به المطاعم المستطابة
المعتادة وتجاوز ذلك الى السرف الخارج عن العادة وجع الادم والألوان على أكثر الأوقات
مع حاجة الناس وضيق معاشهم ولا بأس بجمع الادم في النادر لضيقة أو وليمة أو ما أشبه ذلك أو
احتفال في عيد أو اجتماع وانما يكره من ذلك في باب الورع الخروج الى حد السرف بكثرة الألوان
والخروج بها عن الوجوه المعتادة من وضع الطيب فيها بكثير الأثمان وأقبح ما يكون ذلك عند
نزول الحاجة بالناس وضيق معاشهم وضروورتهم الى المواسة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة وهو لنا هدية يريد صلى الله عليه وسلم انه لا يأكل صدقة
أخرجها متصدقها فجعله صلى الله عليه وسلم محلا لقبولها أو كان هو صلى الله عليه وسلم ممن يأكلها قبل
أن تكمل الصدقة فيها بلوغها محلها فاذا بلغت محلها وصارت بيد من تصدق بها عليه جاز أن يهديها
اليه من قبضها وتصدق بها عليه أو يبيعها منه أو يصيرها اليه بغير وجه الصدقة ولو كان ما تصدق به مرة
ثبت له حكم الصدقة أبدأ بالماجاز للفقير اذا تصدق عليه بشئ أن يبيعه من غنى بل لا خلاف بين المسلمين
انها تنتقل عن حكم الصدقة الى حكم البيع والهبة والميراث فيرثها الغنى عن مورثه الفقير وتصير اليه
عنه بالهبة وغير ذلك من أنواع التملك ولا يكون لشئ من ذلك حكم الصدقة وانما له حكم الوجه الذي
نقل آخره وبالله تعالى التوفيق ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول في الأمة
تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار ما لم يمسه قال مالك وان مسها فرعت انها جهلت ان لها الخيار
فانها تنهم ولا تصدق فيما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد ان يمسه * ش قوله في الأمة تكون تحت
العبد فتعتق ان لها الخيار من تعلق بدليل الخطاب اقتضى ذلك عنده انها اذا كانت تحت الحران
لا خيار لها وهو مندوب مالك وان لم يقل بدليل الخطاب لما قدمناه فان الرتبة التي تحصل لها بالحرية
فوق رتبة العبد فوجب لها ذلك الخيار واذا كان زوجها حرا لم تكن بالعتق أرفع رتبة منه فلم يكن
لها الخيار

(فصل) وقوله ان لها الخيار ما لم يمسه يريد ان لا يختص خيارها بالمجلس الذي يعلم فيه بعقتها بل لها
ذلك ما لم تمكنه من نفسها طائعة أو يترك ذلك ابتداء أو يوقفها السلطان فاما قضت واما أخرج ذلك
من يدها (مسئلة) واذا قيل لها اختارى بعد العتق فقالت حتى أنظر وأستشير ومنعته نفسها
فان ذلك لا يقطع خيارها وهذا يدل على أن ذلك لا يختص بمجلس العتق ولا بمجلس علمها به وفي
المدنية سئل ابن كنانة عن أمة عتقت تحت عبد فأقامت تحته أياما ثم هاج بينهما شئ فأرادت أن تختار
فقال اذا علم من حالها بعد عتقها الرضا لم يكن لها ان تختار لشئ وقع بينهما وروى عيسى بن دينار عن
ابن القاسم لها ذلك الا أن يشهد عليها بالرضا والاقامة وترك الخيار

* وحدثني عن مالك عن
نافع عن عبد الله بن عمر
أنه كان يقول في الأمة
تكون تحت العبد فتعتق
ان الامه لها الخيار ما لم
يمسها قال مالك وان مسها
زوجها فرعت انها جهلت
أن لها الخيار فانها تنهم ولا
تصدق بما ادعت من
الجهالة ولا خيار لها بعد
أن يمسه

(فصل) وقوله فان مسها فزعمت انها جهلت ان لها الخيار لم تصدق ولا خيار لها وهذا كما قال لان ادعاءها الجهل يحق لها بعد ان يوجد منها ما ظاهره اسقاط ذلك الحق لا تصدق له لانه رجوع في حق أسقطته

(فصل) وقوله ولا خيار لها بعد أن يمساير يد بعد علمها بالعتق ولو قالت لم أعلم بالعتق وقد مسها بعده ففي كتاب ابن المواز أنها مصدقة ما لم تقم بينة أنها علمت بذلك ووجه ذلك أن الأصل عدم علمها وما يدعى عليها من العلم فأمر طاري يجب على مدعيه ص **✽** مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن مولاة لبني عدى يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت إلى حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فدعتنى فقالت اني مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعى شيأ أن أمرك بيدك ما لم يمساك زوجك فان مسك فليس لك من الأمر شيء قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقت ثلاثا **✽** ش قوله ان مولاة لبني عدى يقال لها زبراء كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ يدل على أن المولاة غير الأمة وإنها لا توصف بمولاة حين كونها أمة ولذلك أخبر عن مولاة لبني عدى وذكر أنها كانت أمة يوم كانت تحت العبد ولو كانت مولاة حين كونها أمة لاستغنى عن أن يقول بعد قوله مولاة لبني عدى أمة يوم كانت تحت العبد وإنما وصفت زوجها بالعبودية لتشير إلى أن هذا الحكم الذي ثبت لها بالعتق متعلق بمن كان زوجها عبدا

(فصل) وقوله فعتقت تحت العبد وبذلك العتق وصفت بعد ذلك بانها مولاة من أعتقها فلما عتقت أرسلت اليها حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تعلمها بما ثبت لها من التخيير بالعتق وهذا حكم كل من علم لأخيه المسلم حقا يخاف أن يخفى عليه ويضيع إذا لم يعلم به أن ينهبه عليه ويعلمه (فصل) وقولها اني مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنع شيئا يفتضى دين حفصة وفضلها وانها لم تقصد بذلك أذى الزوج وانما قصدت اعلامها بما يجب لها ثم أعلمتها انها لا تحب أن تتركه بل تحب أن تبقى على حكم الزوجية ثم أعلمتها بحكمها فقالت لها ان أمرك بيدك ما لم يسك زوجك فافتضى ذلك ان مدة كون أمرها بيد ما لم يسها وما بعد ذلك فلا خيار لها لان المدة كلها مدة لا متنازع خيارها فاذا تبين لها ان هذا المقدار من المدة ثبت لها فيه حكم الخيار لما كان من عتقها تحت عبد وجب أن يبطل الخيار بالميسيس ويرجع الى حكم ملك الزوج لها ثم بينت ذلك فقالت فان مسك فليس لك من الأمر شيء

(فصل) وقولها فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق فمأرقته ثلاثا يقتضي ما قلناه على إحدى الروايتين أن الزوجة لما كانت حرة وملكت الطلاق ملكته ثلاثا وهذا يقتضي أنه لم يتقدم له فيها طلاق ولو تقدم له فيها طلاق لا احتسبت بها عليه واجتزأت الآب بطلقة واحدة تبرأ منه وفي المبسوط في عبد تحته أمة فطلقها طلاقا ثم عتق ثم طلقها ثانية فقد بان منه بثلاث لأن نصف طلاق العبد طلاقه تقوم مقام طلاقه ونصف فاذا أوقعها كان كأنه قال لها أنت طالق طلاقه ونصف طلاقه ولو قال ذلك الحر لزمه طلقان فكذلك العبد إذا أوقع طلاقه لزمه طلقان فاذا أعتق فأنما بقيت له طلاقه والنصف لا يصح إيقاعه فأنما بقيت له فيها طلاق واحدة ص **✽** مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فأنها تخير فان شاءت فرت وان شاءت فارت **✽** ش قوله رضي الله عنه أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر قال ابن زيد قلت لعيسى بن دينار قول سعيد بن المسيب أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فإنه

* وحدثني عن مالك
عن ابن شهاب عن عروة
ابن الزبير أن مولاة لبني
عدي يقال لها زبراء
أخبرته انها كانت تحت
عبد وهي أمة يومئذ
فعتقت قالت فأرسلت الى
حفصة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم فدعتني
فقال اني مخبرتك خبرا
ولا أحب أن تصنع شيأ
إن أمرك بيدك مالم
يمسك زوجك فان مسك
فليس لك من الأمر شيء
قالت فقلت هو الطلاق ثم
الطلاق ثم الطلاق ففارقت
ثلاثا * وحدثني عن مالك
أنه بلغه عن سعيد بن
المسيب انه قال أيما رجل
تزوج امرأة وبه جنون
أو ضرر فانها تخير فان
شاءت قرت وإن شاءت
فارقت

بالتخييار ما هذا الضرر فقال جذام أو شيء يمنع الوطء فأما رواية الأصل الذي فسرناه فالضرر في الزوج الجذام والعنة والضرر على حسب ما تقدم فيه من الخلاف وأما على سؤال ابن زيد فإن الضرر في المرأة غير ما ذكرناه الفرج وهو القرن الذي يمنع الوطء أو ما أشبهه من موانع الوطء وقد تقدم الكلام على معاني هذه الصفات وأحكامها بما يغني عن الإعادة ص * قال مالك في الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها إنها إذا اختارت نفسها فلا صداق لها وهي تطليقة وذلك الأمر عندنا * ش وهذا كما قال إن الأمة إذا اعتقت تحت العبد فإن لها الخيار سواء دخل بها أو لم يدخل بها على ما ذكر في الأصل فقد قال ابن زيد سألت عيسى بن دينار عن قول مالك لما جعل لها قبل أن يمسها طلاقاً بئنة وهو يقول في التي دخل بها تطلق ما شاءت ألبتة أو أقل من ذلك فقال إنما أراد بذلك مالك أن تكون واحدة بئنة إذا لم تطلق نفسها ثلاثاً وأمرها واحد دخل بها أو لم يدخل بها لها أن تطلق ما شاءت من الطلاق قال وأخبرني يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله وأما إذا دخل بها فقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ولا صداق لها يريد أنها طلقت نفسها قبل المسيس بمعنى تيقن في الزوج فلا شيء لها من الصداق كالتى تفارق زوجها بجنون أو جذام أو برص

(فصل) وقوله وهي طلاق يريد على قول ابن نافع أنه لم يوقع غير واحدة أو لم ينوشياً ولو أوقعت الطلاق لكان لها ذلك وعلى الرواية الثانية عن مالك أنه ليس لها غير طلاق لأنها تبين بها والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول إذا خير الرجل امرأته فاختارت له فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ما سمعت * ش وهذا كما قال إن الرجل إذا خير زوجته فاختارت المقام معه إن ذلك لا يكون طلاقاً والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من رواية مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه فلم يعده لنا طلاقاً ومن جهة المعنى أنه علق الطلاق بصفة وهو أن يختاره أو يملكها إياه فتوقعه فإذا لم توجد الصفة ولم يوقع الطلاق من ملكه وجب أن لا يقع أصل ذلك أن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق أو يوكل أجنبياً على الطلاق فلا يوقعه ص * قال مالك في الخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً وإن قال زوجها لم أخيرك إلا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ما سمعت * ش قوله في الخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً يريد أن اطلاق لفظ التخيير يقتضي تملكها ثلاث تطليقات على ما قدمناه من أن التخييراً إنما هو تخيير بين قطع العصمة وبقاء الزوجية وذلك لا يكون في المدخول بها إلا ثلاث تطليقات وقد اختلف العلماء في معنى التخيير فذهب أبو بكر القاضي إن التخيير مكره لما فيه من جمع الطلاق الثلاث قال الشيخ أبو عمران وما علمت من كرهه وهذا القول عليه جمهور العلماء والدليل على صحته ما روى مسروق عن عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه والفرق بين هذا وبين إيقاع الطلاق الثلاث جميعاً إن هذا ليس بإيقاع طلاق وإنما هو تملك الزوجية إياه وإنما منع هو من إيقاعه (فرع) فإذا قلنا بأن التخيير مباح للزوج فهل يحرم على الزوجة اختيار الفرقة وهي ثلاث قال الشيخ أبو عمران إنما يكره ذلك للزوج دون الزوجة

(فصل) وقوله فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً ظاهره يقتضي أن قولها قد اخترت نفسي إنما يقتضي في التخيير ثلاث تطليقات وكذلك التملك لأن هذا اللفظ إنما يقتضي ملكها لنفسها وإزالة ملك الزوج منها فهذا معنى اختيارها لنفسها وهذا لا يكون إلا ثلاث تطليقات فإذا اقتضى تخيير

* قال مالك في الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها إنها إذا اختارت نفسها فلا صداق لها وهي تطليقة وذلك الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول إذا خير الرجل امرأته فاختارته فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ما سمعت قال مالك في الخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً وإن قال زوجها لم أخيرك إلا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ما سمعت

لها تملكه الثلاث واقتضى اختيارها لنفسها الثلاث حكمها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يطلق المخير تخيره أو يقيده فان أطلقه أو قيده بالثلاث حل على ذلك واذا قيده بمادون الثلاث لحكمه حكم التملك فاذا أطلق فأجابته المرأة فلا يخلو أن يجيب بلفظ يقتضى الثلاث أو بلفظ يقتضى مادون ذلك أو بلفظ محتمل فان أجابت بلفظ يقتضى الثلاث لحكمه ماتقدم ولو قالت اخترت نفسي ثم قالت أردت به واحدة لم تصدق في ذلك ولزمها الثلاث لان اللفظ صريح في ذلك (مسئلة) ولو خيرها فقالت طلقت نفسي واحدة بآئنة ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ليس بشئ ووجه ذلك ما قدمناه من أن التخيير انما يقتضى قطع العصمة فاذا قالت طلقت نفسي واحدة كانت قد ردت التخيير ولا ينفقها قولا بآئنة لان الواحدة لا تكون بآئنة وان صرحت بأنها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين أو قالت اخترت واحدة فقد قال ابن المواز ان مالكاً وأصحابه قالوا ليس ذلك بشئ الا عبد الملك فانه قال يكون ثلاثاً قال ابن المواز وما أدري من أين أخذه وجه قول مالك انها قضت بغير ما جعله اليها لانه جعل اليها قطع العصمة فلم تقطعها وانما طلقت نفسها واحدة وليس ذلك منها مما جعل اليها فكان ذلك رداً لما جعله اليها ووجه ما قاله ابن الماجشون ان طلاق التخيير يقتضى قطع العصمة وهو لا يتبعض واذا طلقت نفسها ببعضه لم يتمامه كما لو طلقها زوجها نصف طلاقاً لكانت كاملة لما كانت الطلقة لا تتبعض وعلى هذا يجب أن يكون المخير قبل الدخول يقتضى تخيره الثلاث وبالله التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه شئ فلا يخلو أن ينكر عليها أو يسكت فان أنكر عليها وقال لم أخيرك الا في قطع العصمة بالثلاث لم يلزمه ما قضت به من الواحدة وليس لها أن تستأنف اختيار نفسها بالثلاث قال ابن المواز وذلك قول جماعة أصحابنا الأشهب فانه قال ذلك ما لم يفترقا وان سكت ولم ينكر فقد قال ابن المواز ان تبين منه الرضى به الزمت له الرجعة وليست هذه الطلقة من قبل الخيار طلاقاً لارجعة فيها ومعنى ذلك أن المرأة اذا طلقت نفسها بحضرة الزوج وأظهر ما يقتضى الرضى بطلاقها لزمه ذلك والله أعلم وقولها قبلت نفسي عند ابن القاسم وجميع أصحابنا بمنزلة قولها اخترت نفسي قاله محمد الأشهب قال بغير حجة هو بمنزلة قبلت أمرى تسأل عما أرادت به (مسئلة) وان أتت بلفظ محتمل مثل أن تقول قبلت أو قبلت أمرى أو اخترت فقط ففي كتاب ابن المواز وغيره عن ابن القاسم ليس هذا الفراق وتسأل عما أرادت به وروى ابن المواز عن أصبغ في قولها اخترت أمرى هو فراق في التخيير والتمليك ولا تستل عما أرادت ولا تحل الا بعد زوج وجه قول الجماعة ان قولها قبلت أمرى لفظ عام في الامر بمحتمل معاني فلها أن تفسره بما شاءت ووجه قول أشهب ان ظاهر قبولها انما هو لما جعل اليها ما لم يكن لها من الفرقة فيحمل عليه (فرع) فاذا قلنا ان لها التفسير سئلت عما أرادت فقد قال ابن القاسم وأشهب ان قالت أردت اني قبلت ما جعل الي من الاختيار أو الملك وأنا أنظر الآن فأوقع ان شئت أو أراد ان ذلك لها وفي الموازية عن عبد الملك ان قالت لم أرد به الطلاق لم يقبل منها ولو علم انها ممن يعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق وقصدته لم يقبل منها ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجال الا من يفقه فرأيت من مذهبها البتة ووجه قول ابن القاسم ما قدمناه من ان لفظ الامر بمحتمل ما قالته فيقبل منها ذلك ولا يلزمه أن لا يعلم هذا الا من يفقه فقد علمته هي وأخبرت به عن نفسها ولا يحتمل الناس في أحكامهم الاعلى المعرفة (فرع) ولو قالت أردت بذلك البقاء مع زوجي فقد قال أشهب في الموازية لا يقبل ذلك منها ويكون طلاقاً الا أن تأتي بما يعرف به صدقها ولو قالت كنت لاعبة أو مستهزئة لم يلزمها شئ ودين

قال مالك وان خيرها

فقلت قد قبلت واحدة
وقال لم أرد ذلك إنما
خيرتك في الثلاث جميعا
انها ان لم تقبل الا واحدة
أقامت عنده ولم يكن ذلك
فراقا ان شاء الله تعالى

﴿ ما جاء في الخلع ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
عمرة بنت عبد الرحمن انها
أخبرته عن حبيبة بنت
سهل الانصاري انها كانت
تحب ثابت بن قيس بن
شماس وأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم خرج
الى الصبح فوجد حبيبة
بنت سهل عند بابها في
الغلس فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم من هذه
فقلت أنا حبيبة بنت سهل
يارسول الله قال ما شأنك
قلت لا انا ولا ثابت بن
قيس لزوجها فلما جاء
زوجها ثابت بن قيس قال
له رسول الله صلى الله عليه
وسلم هذه حبيبة بنت سهل
قد ذكرت ما شاء الله أن
تذكر فقلت حبيبة
يارسول الله كل ما أعطاني
عندي فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لثابت
ابن قيس خذ منها فاخذ
منا وجلس في أهلها

وظاهر قول ابن القاسم عندي ان ذلك مقبول منها وهو الاظهر لانها اذا قبل منها الاستنزاء أو اللعب
فبأن يقبل منها ما قالته من الرضى بزوجها أولى وأحرى (مسئلة) وهذا في المدخول بها وأما غير
المدخول بها فان زعم انه قال اختارى الثلاث فقضت بثلاث نفذ ذلك بينهما وان قضت بواحدة فلا شيء
لها قال ابن حبيب عن أصبغ وكذلك ان لم تكن له نية ووجهه ان اطلاق هذا اللفظ يقتضى الثلاث
فيصير على ذلك زاد ابن حبيب ولذلك لم تنوهم شيئا (مسئلة) فان قالت أردت واحدة وطلقت
هى نفسها واحدة أو فسرت اللفظ المحتمل بواحدة ففي كتاب ابن سحنون هى على ما نوت وان
طلقت هى نفسها ثلاثا فهو على ما تقدم من التملك

(فصل) وقوله وان قال زوجها لم أخبرك الا في واحدة فليس ذلك له معناه انه خيرها بلفظ هو صريح
في الثلاث فاخترت بلفظ هو صريح في اختيار الثلاث فلم يكن له أن يدعى انه زاد واحدة ولو قالت
هى أردت واحدة لم يقبل منها لما قدمناه ص ﴿ قال مالك وان خيرها فقلت واحدة وقال
لم أرد هذا إنما خيرتك في الثلاث جميعا انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده ولم يكن ذلك فراقا ان
شاء الله تعالى ﴾ ش قوله انه خيرها فقلت واحدة على ما قدمناه من أن تخيره يقتضى التخيير
بين المقام أو قطع العصمة فاذا اختارت واحدة فقد أعرضت عما جعل لها فاخترت غيره فلم يلزمه
ما اختارته لانه لم يجعل ذلك اليها

(فصل) وقوله انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده محتمل وجهين أحدهما ان لم يكن في جوابها له
قبلت الا واحدة على حسب ما تقدم من الخبر عنها فقد بطل خيارها ولزمها المقام عنده وهو قول أكثر
أصحاب مالك والثاني انها ان لم تستأنف اختيار الثلاث بعد ان نكحها الزوج فانها لا تنتفع بما أوقعته
من الطلقة الواحدة فيقتضى ذلك ان لها أن تستأنف اختيار الثلاث ما لم يفرقا بعد أن أنكر عليها
الزوج ما أوقعته من الوجوه وهو قول أشهب والله أعلم

﴿ ما جاء في الخلع ﴾

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الانصاري
انها كانت تحب ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد
حبيبة بنت سهل عند بابها في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقلت أنا حبيبة
بنت سهل يارسول الله فقال ما شأنك فقلت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن
قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر فقلت
حبيبة يارسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها
فأخذ منها وجلس في أهلها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من هذه يقتضى المبالغة في التغليس الا
أن لا يميزها وان عرف أنها من النساء الا أن تكون مستورة الوجه لكن ذكر الغلس مع قوله من
هذه أظهر فيما قلناه وقوله صلى الله عليه وسلم لما قالت أنا حبيبة بنت سهل ما شأنك انكار لجيئها في ذلك
الوقت اذ لم يكن وقت زيارة لأمهات المؤمنين ولا وقت طلب حاجة وانما تبكر في هذا الوقت لمعنى
مهم فأخبرته بشأنها فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها اما لتعلمه ان ثابت بن قيس الذي تشكو
هو زوجها ويكون ذلك من قول الراوى ليعلم من نقل اليه الحديث ان ثابت بن قيس الذي أرادت
مباينته وقطع ما بينها وبينه هو زوجها وان ما نزع من فراقه هو معنى قولها لا أنا ولا ثابت بن قيس

(فصل) وقولها لا أنا ولا ثابت بن قيس ظاهراً الامتناع منه وحكمه حكم النشوز ويجبر على الرجوع اليه ان لم يرد فراقها بخلع أو غيره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم لزوجها لما جاء هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله ان تذكره اعلاماً بما أتت به وظاهر اللفظ يقتضي انه قصد صلى الله عليه وسلم الاخبار عن معنى ما أتت له ولم يفسر تفاصيل قولها ويحتمل أن تكون هي قد تشككت اليه ضرراً فلم يحتج في أول الأمر الى أن يفسر له ذلك الضرر حتى يستل عنه الزوج ويكفي من الاعلام للزوج أن يقال له اشككت ضرراً فان أنكره سئلت البينة عما تشككت منه وان سأل التفسير لينكر منه أكثر مما فعله أو ليبدى عذره فيما أتى به منه ويحتمل أن تكون حبيبة لم تشكك من ثابت بن قيس ضرراً ولكنها كرهت مصاحبة خاصة فلذلك لم يحتج أن يذكر له ما تشككت منه وقد روى البخاري من حديث أيوب عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأته ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خاقي ولادين ولكن لا أطيقه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه قالت نعم والذي عليه جهور الفقهاء انه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر خلافاً لمن منع ذلك والدليل على ما نقوله قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً (مسئلة) واذا كان الضرر من قبل الزوجة والكراهية للزوج فلا خلاف في جواز الخلع وان كان الضرر منهما معا فقد قال بعض القرويين لا يجوز أن يخالعا على ذلك بان يأخذ منها شيئاً قال وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا قال وليست كمسئلة الحكمين اذا كان الضرر منها جاز ذلك لان النظر في مسئلة الحكمين للحكمين فينفذ حكمهم ما في ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه اذا جاز ذلك في مسئلة الحكمين فبان يجوز منهما اذا اتفقا على ذلك أولى

(فصل) وقول حبيبة بنت سهل لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي إشارة الى أنها بذلت لزوجها على أن يفارقها وقد صرح في ذلك حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها أتردين عليه حديثه قالت نعم وقد قال تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذنها اباحة منه صلى الله عليه وسلم أخذ الفداء منها وقد يصح أن يكون ندباً الى ذلك لما رأى من اشفاقها واستضرارها بالمقام معه وقد بلغ ذلك منها الى أن خافت أن تأتي ما تأثم به

(فصل) وقوله فأخذ منها فجلست في أهلها اتما من له ما قررره النبي صلى الله عليه وسلم بينهما من الخلع وليس فيه انه تكلم بطلاق ولا خلع وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك في رجل نكح امرأة فندم فقال له أهلها نؤدي اليك ما أخذنا منك وتؤدي الينا اختنا ولم يكن بينهم طلاق ولا كلمة ف قيل انه ان تزوجها بعد ذلك كان ما تقدم من ذلك تطليقة وتكون عنده على تطليقتين وفي العتبية من رواية ابن القاسم اذا قصد الى الصلح على أن أخذ متاعه وسلم اليها متاعها فهو خلع لازم قال لها أنت طالق أو لم يقل ووجه ذلك ان المفهوم مما أتوه انفاذ الطلاق وإيقاعه والفرقة الموجودة بينهما والانفصال انما كان على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقاً كالإشارة به أو الكتابة له

(فصل) وقوله وجلست في أهلها يحتمل أن يريد به ان كانت الدار لها انها جلست فيها دونه مدة العدة مع خدم ان كان لها أو حاشية بمن كان معها قبل الخلع ووصفت بذلك انها جلست في أهلها لما كان هذا الجلوس لها ومختصاً بها وقبل ذلك فانما كان الجلوس له ويحتمل ان كانت الدار لها انها

بقيت فيها لم ينقلها عنها لاستحقاقها لها ولعله كان ساكنا معها في محلها عند أقاربها فانتقل هو عن ذلك المكان إلى أهله وأقاربه والله أعلم ص ﴿مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر﴾ ش قوله أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها يحتمل أن يكون ذلك قدر ما أصدقها وأن يكون أكثر أو أقل فأما الخلع بكل ما أصدقها أو أقل فبجائز عند جميع الفقهاء وأما الخلع بأكثر من ذلك فمسند كره بعده إذا شاء الله تعالى

(فصل) وقولها بكل شيء لها يحتمل أن يكون سمته ووصفته وأحضرتة حتى كان معروفاً غير مجهول ويحتمل أن يكون الخلع وقع لها بهذا اللفظ على أن تنخلع له من كل شيء لها فيكون ذلك مجهولاً ولا يخالف ذلك من أن يوجد لها شيء أو لا يوجد لها شيء فإن وجد لها شيء له مقدار فإن الخلع نافذ وذلك أن الخلع على العبد الأبق جائز عند مالك ويجوز ذلك على الجنين في بطن أمه أو الجمل الشارد والثريرة التي لم يبد صلحها وفي المدونة والمبسوط يجوز بما يثمر نخله العام وبما تلدغفه العام خلافاً لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلا جناح عليهما فيها افتدت به وهذا عام ومن جهة القياس أنه مما يملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون عوضاً في الخلع كالعلوم (فرع) إذا ثبت أنه يصح الخلع بالغرر فإنه إن سلم وقبضه فهو له على ما هو عليه وإن تلف فلا شيء له غيره والطلاق نافذ على حكمه قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك أنه عقد يجوز في معين من الغرر فإذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة والوصية (مسئلة) ولو خالعهما على نفقة ولهما مدة الحولين ورضاعه فيهما جاز ذلك فإن شرط عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثاً فقد روى ابن القاسم عن مالك أن ما زاد على نفقة الابن وارضاعه في الحولين فهو باطل موضوع عن الزوجة وإن شرط الزوج ولم يجعل له مالك بما بطل من شرطه شيئاً وأجاز ذلك فيما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام أو إلى انقضاء أمد الحضنة المخزومي واختاره سحنون ووجه بعض القرويين مذهب ابن القاسم بأن المتخالعين أدخلوا الغرر فيما أوقع به الخلع من النفقة وما عد ذلك من الغرر كالعبد الأبق والجمل الشارد فالغرر دخل فيه بغير فعلها وقال غيره من القرويين لم يمنع مالك الخلع بنفقة ما زاد على الحولين لأجل الغرر وإنما منعه لأنه حق مختص بالأب على كل حال فليس له أن ينقله إلى غيره والفرق بين هذا وبين نفقة الحولين أن تلك النفقة وهي الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجية وبعد الطلاق إذا أعسر الأب فجاز أن تنقل هذه النفقة إلى الأم لأنها محل لها وفي المبسوط أن مالكاً احتج على ذلك بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذه إشارة إلى ما قدمناه ووجه رواية المخزومي أنه إذا زالت ملك تجوز زوالته بالغرر فجاز أن زالت بنفقة أربعة أعوام أصل ذلك العتق (فرع) فإن وقع الخلع على الوجه المباح بنفقة الابن فمات الصبي قبل انقضاء المدة فهل للزوج الرجوع عليها ببقية النفقة روى ابن المواز عن مالك لا يتبعها بشيء وروى عنه أبو الفرج يتبعها وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون في المبسوط أنه لم يشترط لنفسه ما لا يتموله وإنما شرط أن تكفيه مؤنة الولد فإذا مات الولد لم يكن له الرجوع عليها بشيء كما لو تطوع رجل بالانفاق على الصبي بيئته فمات لم يرجع عليه بشيء لأنه إنما قصد بتطوعه تحمل مؤنته والله أعلم واتفقوا على أنها إن ماتت فنفقة الولد في مالها لأنها حق ثبت فيه قبل موتها فلا يسقط بموتها ووجه رواية أبي الفرج أنه حق يثبت له في ذمة الزوج بالخلع فلا يسقط بموت الصبي كما لو خالعه بمال متعلق بذمتها

• وحدثنى عن مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر •

(فصل) وان أعسرت بالنفقة أنفق الأب وهل يتبعها بمثل النفقة روى ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا يتبعها به و روى أصبغ عن ابن القاسم يتبعها وقال أيضا لا يتبعها وجه القول الأول انه حق ثبت للابن على أبيه ثم عاوض به الأب الأم فأثبتته في ذمتها عوضا من طلاقها فاذا أعسرت به كان للابن أن يتبع به الأب لانه ليس له أن يسقط حقها عليه وينقله الى عديم فيرجع الابن به على الأب ثم يرجع به الأب على الأم دينيا يتبعها به لانه عوض طلاقها وجه القول الثاني انه امر غير ثابت على الأب ولا على الأم وإنما يتعلق ذلك بيسر من يجب عليه حين الوجوب كنفقة الزوجة على الزوج (مسألة) ومن خالع امرأته على انها ان ولدت منه فعليه نفقته في الحولين فان أرادت أن تطلبه بنفقة الحمل وبصداقها عليه ففي المبسوط عن مالك ليس لها صداق ولا نفقة حمل وقال المغيرة لها نفقة الحمل ولا شيء لها من الصداق ووجه قوله انه لا شيء لها من الصداق انها لم تسترط بقاء فكان الظاهر اسقاطه لانه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل ولم تكن في ذمته ووجه قول مالك انه لا نفقة لها انها قد أسقطت نفقة الولد بعد الولادة فبان تسقط ما وجب لها قبل ذلك أولى كما قلنا في الصداق انها اذا أسقطت نفقة الحولين اقتضى ذلك اسقاط الصداق ووجه قول المغيرة انها أسقطت عنه نفقة مقدرة فلا يتعدى الاسقاط الى غيرها والى ما ليس من جنسها ولا وجب بسببها لان نفقة الحمل في غير مدة الحولين ومن غير جنس الحولين واجبة بغير سببها ولا يشبه هذا ما أسقط من الصداق لانه امر قد تقرر و وجب ونفقة الحمل لم تجب بعد فلا تسقط الا بالنص عليها

(فصل) وأما ان خالعه على جميع ما تملك ولم يوجد لها شيء ففي كتاب ابن الموار اذا خالعه على ما في يده فلم يوجد في يدها شيء أو وجد فيه ما لا ينتفع به كالخجر قال أشهب لا يلزمه طلاق وان وجد فيه ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع قال عبد الملك يلزمه الخلع لانه رضى بما غرته به واختاره ابن الموار وسحنون وجه القول الأول انها غرته فلم يلزمه الخلع كما لو قالت له أخالعك بعبدى هذا وهو حر فانه لا يلزمه خلع أو أخالعك بهذه الدار ولم تكن لها فقد قال عبد الملك في المبسوط انها تبقى على الزوجية ولو كانت الدار لها فأسمتها اليه فاستحققت من يده بعد الخلع ورجع عليها بقيمة ما استحق من يده قال عبد الملك لان هذا قد قبضه والأول لم يقبضه وإنما خالعه به على أن تسلمه اليه وقال أحمد بن المعتدل اذا خالعه على عطاياها أو وصية ولم يكن لها شيء من ذلك فهي زوجة وكذلك ان لم يكن في يدها شيء وهو بمنزلة أن يخالعه على حر غرته به وأما ان كان لها عطاء فسقط اسمها ولم يحمل الثلث وصيتها فانه يمضى الخلع عليه ولا شيء له وبالله تعالى التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه الخلع فقد قال أشهب لا يكون طلاقا وقال مطرف لو أخذت لوزة أو حصاة وخالعه بها فان كان شيء مما ينتفع به وان قل فرضى به وعرف ما هو فهو خلع وأما حصاة وما لا ينتفع به فليس بخلع وهو طلاق رجعي وجه قول أشهب انه انما أوقع الطلاق بشرط أن يحصل له شيء ينتفع به فلما وجدته على غير ذلك بطل الطلاق جملة كما لو غرته من حر خالعه به على انه عبد ووجه قول مطرف أن الطلاق قد وقع فلما لم يكن له عوض لم يكن بائنا وكان رجعيا (مسألة) ولو خالعه على خمر أو خنزير أو ما لا يحل من تعجيل دين مؤجل نفذ الخلع وبطل العوض وبقي الدين المؤجل الى أجله ويكون الطلاق بائنا خلافا لأبي حنيفة في قوله هو رجعي ولا يكون للزوج عليها شيء ويحتمل أن يكون قول مطرف على هذا خلافا للشافعي في قوله عليها مهر المثل لانه طلاق وقع على وجه المعاوضة فكان بائنا ولان الزوج لما رضى ما لا يحل من العوض لم يكن له غيره كما لو أعتق عبده أو أمتة على خمر أو خنزير فانه لا يرجع

عليها بشئ (مسئلة) وان قصد الى ايقاع الخلع دون عوض قال القاضي أبو محمد هو خلع عند مالك وقال أشهب يكون طلاقا رجعيا والدليل على قول مالك أن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج عنه مقتضاه أصل ذلك اذا خلع بخر أو خنزير ووجه قول أشهب انه طلاق عرا عن عوض واستيفاء عدد فكان رجعيا كالألو كان بلفظ الطلاق وفي كتاب ابن المواز انهما اذا تداخيا الى الصلح وافترقا عليه وان لم يأخذ منها شيئا فهو فراق كالألو أخذ منها وفي العتية من رواية ابن القاسم انهما لو قصدا الى الصلح على ان يأخذ متاعه وسلم اليها متاعها انه خلع لازم قال أنت طالق أو لم يقل قال في كتاب محمد وان لم يقصد الى الصلح وقال لي متاعى ولك متاعك أولك زيادة كذا فله الرجعة ووجه ذلك انهما اذا قضيا الصلح فقد أحرز ما صار اليه بالطلاق الذي طلقها الآن لأن معنى الصلح الذي ذكر أن يطلقها من أجل ذلك وأما اذا قصد طلاقها دون شئ من ذلك وأباح لها أن تأخذ ما لها أو يأخذ ما له فهذا ليس بخلع ولهذا قال ابن القاسم في باريك انها طلاق واحدة بآثنته لأن معنى ذلك انه طلقها لتبرئه مما كانت تطلبه به محقة أو مبطله ويبرئها هو أيضا وذلك من باب الخلع والله أعلم ولذلك قال مالك في العتية والموازية فيمن قال لامرأته ألك عندى شئ قالت لا ولا لك عندى شئ قال لا قال فاشهدوا اني برئت منها وبرئت منى فافترقا على ذلك ثم قامت بما كان لها قبله وقالت لم أرد المبرأة وقال هو أردت المبرأة فان قالت البيعة كنا نرى انهما إذا المبرأة فذلك نافذ ولا شئ لها عليه وكذلك ان شهدوا بما ذكرنا أول السؤال فقط فلا شئ لها (مسئلة) وان صالحها على ان أعطاها شيئا من ماله وفارقها ولم يأخذ منها شيئا وظن انه وجه الصلح ففي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك قولان أحدهما انها طلاق رجعية ثم رجع فقال هو خلع وهو قول ابن القاسم في المدونة وجه القول الاول انه طلاق لم يأخذ الزوج به عوضا فلم يمنع ذلك كونه رجعيا كالألو لم يعطها شيئا ووجه القول الثاني انه عطاء في خلع فافتضى البيونة وقطع الرجعة كالألو أعطته الزوجة ووجه آخر وهو انه قطع بما أعطاها مطا بالتهاقبله وذلك سبب حكم الخلع ص * قال مالك في المفتدية التي تفتدى من زوجها انه اذا علم ان زوجها أضربها وضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها ما لها قال فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا

* قال مالك في المفتدية التي تفتدى من زوجها انه اذا علم ان زوجها أضربها وضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها ما لها قال فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا

(فصل) وقوله اذا علم انه أضربها أو ضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها ما لها يريد ان ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه لأنه أوقعه باختياره ويرد ما أخذ منها من العوض ولا يأخذ منها ما كانت التزمته من نفقة ورضاع رواه عيسى عن ابن القاسم لأنها دفعته اليه غير محتاجة لرفعها

وانما دفعته اليه لتخلص بذلك من ضرره وظلمه ولا يحمل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدي عوضا
فعلى هذا إذا أخذ منها ويسقط عنها ما التزمته من نفقة وأجرة رضاع قاله مالك والأصل في ذلك قوله
تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة والفاحشة يصح أن
يراد بها الأذى والبذاء ولذلك يقال أخش الرجل في قوله إذا بالغ في السب قال ابن بكير من أحجنا
وقال ابن عباس الفاحشة النشوز وقال ابن بكير إذا نعت الفاحشة بمبينة فهي من باب البذاء
باللسان وإذا لم تنعت وأطلقت فهي الزنى وقيل إذا كانت الفاحشة بالالف واللام فهي الزنى واللواط
قال الحسن معنى ذلك سمح للزوج في المضارة بهن إذا أتيت بفاحشة مبينة حتى يفترقن ببعض ما
أعطوهن ومثله روى عن ابن عباس في النشوز والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وعلم أنه ظالم لها بقضى أن ذلك لا يكون بمجرد دعواها أنه أضربها وإنما يكون
ذلك باقراره أن أقر بذلك أو ببينة تشهد به وفي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم إذا قامت بعد
الخلع بينة يشهدون على السماع أنه كان يضرب بذلك قال وهل يشهد هؤلاء على السماع يسمع الرجل
من أهله أو من الجيران ويكون فاشيا بالشهادة في ذلك عندي تكون على وجهين أحدهما أن
يكون الخبر عن الأضرار بها متواترا حتى يقع العلم بذلك للشهود يشهدون في ذلك على عامهم كما يشهد
في الموت على علمه من لم يعان الميت إلى الخبر المتواتر بذلك وكما يشهد في النسب وعدة الولد والورثة
على علمه ويدل على صحة هذا الوجه ما قاله أصبغ أنه ان شهد شاهد واحد على البتات صحته شهادته
ويحلف أن لم يكن غيره ويرد إليها ما أخذ منها ويمضي الفراق وقال ابن القاسم لأن يمينها على مال
والوجه الثاني على السماع الفاشي من أهل العدل وغيرهم ولا يقبل في مثل هذا أقل من شاهدين لأن
الشهادة على السماع لا يقبل فيها تاهد مع عين المدعي ولا يقبل فيها أقل من شاهدين ولذلك قال ابن
القاسم في هذا الوجه لما سأله أصبغ يجوز في ذلك شاهد واحد على البت كيف يعرف ذلك قيل له
يقول سمعت واستبان لي قال: يسي به فانظر فيه فتوقف لدينه وفضله فيما يتحققه وأنفذه أصبغ من
رأيه لما تحققه ثم استصوبه ابن القاسم واحتج على صحة الحكم به مع يمين الزوجة بان قال ان يمينها على مال
فهذا وجه هذه المسئلة لكن الموثقين خلطوا الوجهين في عقودهم فغيروا معناها والله أعلم (مسئلة)
وان خالف امرأته على مال وأخذ منها جيلا بما لحقه من درك فقد حكى أبو عبد الله بن العطار انها ان
أثبتت الضرر لم تسقط التبعة عن الحمل فيما ضمنه لانه لم يكره بضرب ولا غيره ولا يرجع الحمل على
المرأة بشئ وقد ذهب بعض فقهاء الصقليين الى هذا (مسئلة) ولو ثبت أضرار الزوج بها والتزم هو
تصديقها في ذلك ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فبين تشككت امرأته ضرره
فاشهد لها ان عاد فهي مصدقة في ذلك وأمرها بيدها تطلق نفسها البتة فأشهدت بعد أيام وزوجها غائب
ان زوجها عاد الى أذاها وانها طلقت نفسها وأنكر الزوج أن يكون أذاها ثم قدمت المرأة وزعمت
انها كذبت فيما شككت من الأذى ولا يعرف ذلك الا بقولها قال قديانته منه ولزمه ما قضت لانه جعلها
مصدقته وقال مثله أشهب ص **قال مالك لابأس بأن تفترق المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاه**
أعطاه **ش** وهذا كما أنه يجوز للرجل أن يطلق المرأة على أن يأخذ منها أكثر مما أصدقها
وأقل ومثل ذلك والدليل عليه قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به وهذا عام في الجنس والقدر
الاما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذه معاوضة في ارسال ما يملكه الزوج فلم يكن عوضها مقدرا
كالكتابة (مسئلة) ولو خالفها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد وكان قد أصدقها مائة دينار

* قال مالك لابأس بأن
تفترق المرأة من زوجها
بأكثر مما أعطاه

قبضتها ولم تقبضها فانها ترد المائة قاله ابن القاسم واحتج بما قدمناه من انه ان لم يرض منها الا بما كان في يدها لم يجز له ذكر في النكاح فبان ترد ما يدفع اليها أولى وأحرى وقال أصبغ ان قبضته فلا ترد منه شيئا وان كان ما أعطت الزوج أقل من النصف أو أكثر والنصف سواء لانه بمعنى الصلح الا أن تشترط الزوجة رد شيء منه (مسئلة) ولو خالها على عشرة من صداقها قال مالك لها نصف ما بقي لان اشتراطها عشرة من صداقها يقتضي بقاء الباقي على حكمه ولو أعطته عشرة على أن يطلقها تطليقة اتبعته بنصف هذا المهر لانها اشترت بها هذه الطلقة وأما في الخلع المبهم فلا تتبعه بشيء خلعت به عطية أو بغير عطية وأما بعد البناء فلا ترد هي ما قبضت من الصداق ان كانت قبضته وتتبعه بما عليها من مهرها ان كانت لم تقبضه (مسئلة) وهذا اذا كانت مالكة أمر نفسها فان كانت محجور عليها بأب أو وصى أو سيد يجبر على أمته فانه لا يصح خلعه فان وقع الطلاق نفذا خلع وارجع الولي ما أعطته من المال وطالب بما وهبته من صداق أو غيره لانها لا تصرف لها في مالها فكان للولي استرجاع ما أمضت منه وهذا المشهور من قول أصحابنا وفي العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ الحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على ما أعطته ان ذلك نافذ وله ما أخذ ان كان مما يصالح به مثلها ووجه ذلك أنها مالكة أمرها في الاستمتاع ولها أن تسقط حقها اذا شاءت فكان لها المعاوضة عنه باستخلاصه على عوض تدفعه اذا لم يكن في ذلك غبن عليها كما يجوز لها أن تشتري خبرا لقوتها لما كانت تملك أكله أو تركه ولم يكن للولي نظر في ذلك وقال أبو بكر بن اللباد ان المعروف من قول أصحابنا ان المال مردود واخلع ماض (مسئلة) وهذا اذا لم تكن بلغت فان كانت بالغاً فقد قال سحنون يجوز أن تفتدي من زوجها قبل البناء وله ما أخذ ولا رجوع لها فيه وقال أصبغ لا يجوز ما بادلته الصغيرة ولا السفينة البالغ وكذلك بعد موت الأب ويرد الزوج ما أخذ ويمضي الفراق وقول سحنون مبني على ان اليتيمة البالغ مالكة أمر نفسها وهو قوله وقول أصبغ مبني على انها محجور عليها وهو المشهور في المذهب وبالله التوفيق (مسئلة) وأما الصغير فيجوز أن يخالعه عنه الأب والوصي ولا يطلق عليه الا على وجه المبارأة وأما البالغ السفينة فقال ابن الماجشون لا يجوز أن يخالعه عنه أب ولا وصي لانه يملك الطلاق وروى عيسى عن ابن القاسم في العتية يبارى عن السفينة ويزوجه بغير أمره وهذا الخلاف مبني على اختلاف أصحابنا في اجباره على النكاح والله أعلم (مسئلة) فان كان الولي أباً فلا خلاف في المذهب انه يجوز له أن يخالعه عنها وان كان وصياً فهل له ذلك أم لا المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك انه ليس ذلك لأحد الا للاب وروى ابن نافع عن مالك ان الوصي يخالعه عن اليتيمة بزوجها أبوها ويلزمها ذلك وجه القول الأول ان من لا يملك الاجبار بنفسه لا يملك الخلع كالولي الذي ليس بوصي ووجه الرواية الثانية انه ولي يحجب سائر الأولياء حال البكارة كالأب وروى زياد بن جعفر عن مالك لا بأس أن يبارى الولي والخليفة عن الصغيرة (مسئلة) وأما المريضة ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز الخلع وروى ابن عبد الحكم عنه جواز ذلك وجه القول الأول انه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه لان الزوجة لا تملك تصير مالها اليه حال مرضها ووجه القول الثاني ان مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق فلم يمنع المقصود به من ازالة الملك (فرع) اذا قلنا انه يجوز الخلع فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك يكون له خلع مثلها ويرد ما بقي وقال ابن القاسم ان ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه الا أن تكون ما خلعت به أقل فله الأقل وجه القول الأول ان هذا معاوضة بما يرسل الزوج من ملك يضعها وهي في مرضها

غير ممنوعة من المعاوضة بما لها وانما هي ممنوعة من المحابة فلذلك كان له خلع مثلها ومنع المحابة ان زادته على خلع مثلها ووجه قول ابن القاسم ان الميراث كان له ان ماتت من مرضها فان خالعت بأقل من ذلك فقد رضى باسقاط بعض حقه فكان له ما بقي منه (فرع) فاذا اعتبرنا ميراثه منها فانما ينظر في ذلك الى ما لها من يوم ماتت ولا يحسب عليها ما أنفقت قال محمد ولا ماتلف وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية انما يعتبر بقدر ميراثه منها يوم الصلح ولا ينظر الى ماتلف من ما لها بعد ذلك وجه القول الاول وهو قول محمد ان الميراث انما يكون يوم موتها فوجب أن يكون الاعتبار بقدره ذلك اليوم ووجه قول ابن القاسم ان العقد انما يلزم يوم الصلح فيجب أن يكون ما يعتبر به العوض منها بما كان عليه يوم لزوم العقد

﴿ طلاق المختلعة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره وقال عبد الله بن عمر عدتها المطلقة ﴾ ش قول الربيع انها اختلعت من زوجها وبلغ ذلك عثمان بن عفان رضى الله عنه فلم ينكره أرادت بذلك انه أمر غير محذور على أحد الزوجين اذا لم يكن ذلك عن ظلم أحدهما الآخر وقد يجوز أن يخالف الرجل المرأة من غير أمر يقتضيه الارغبة المرأة عن الزوج وكراهيتها له وقد خالف ثابت بن قيس بن نماس زوجته حبيبة بنت سهل فحكم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فكيف ينكره عثمان بن عفان رضى الله عنه ولعله قد شاهد ذلك الخلع أو بلغه والله أعلم وقد احتج محمد بن المواز في ذلك بقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو أعراضا فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحا فافرد الأعراض من النشوز

(فصل) وقول عبد الله عدتها المطلقة يريد المطلقة التي لم تعط على ذلك عوضا ومعنى ذلك ان العدة عن الطلاق لا تختلف باختلاف الطلاق بل هي سواء في الطلاق على وجه الخلع بالعوض والطلاق المبتدأ من غير عوض والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء ﴾ ش قولهم رضى الله عنهم ان عدة المختلعة مثل عدة المطلقة على ما تقدم ثم فسر واذلكت بانها ثلاثة قروء وهذا في ذات الأقراء ولم يريدوا بذلك انها لا تساويها الا في الأقراء بل هي مساوية لها في العدة بالحمل والشهور والمرتابة كما هي مساوية لها في الاعتداد بالأقراء والله أعلم (مسألة) والخلع طلاق وليس بفسخ خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان الزوج أخذ عوضا على ارسال ما يملكه والذي يملك الطلاق دون الفسخ ووجه آخر ان كل فرقة يصح ابقاء النكاح مع الموجب لها وانها طلاق كفرقة العنين والمعسر بالنفقة ص ﴿ قال مالك في المفتية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هونكحها ففارقها قبل أن يمسه لم تكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبنى على عدتها الأولى قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك ﴾ ش قوله رحمه الله في المفتية ان حكمها حكم المختلعة وقد روى ابن وهب عن مالك أن المبارثة هي التي تبارى من زوجها قبل البناء بها فتقول خذ الذي لك واتركني والمفتية هي التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه وكذلك المصالحة والمختلعة هي التي تعطيه جميع ما لها وتخلع عنه وفي المدينة من رواية محمد بن يحيى عن مالك مثل ذلك في المبارثة والمفتية والمختلعة وروى عيسى

﴿ طلاق المختلعة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره وقال عبد الله بن عمر عدتها المطلقة * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء * قال مالك في المفتية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هونكحها ففارقها قبل أن يمسه لم تكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبنى على عدتها الأولى * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

﴿ ما جاء في اللعان ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب (٦٩) أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن

﴿ ما جاء في اللعان ﴾

ص * مالك عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فقام عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفي صاحبك فاذهب فائت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغنا من تلاعنا ما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها فلا تقبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين * ش قوله ان عويمرا العجلاني يقال انه عويمر بن أبيض العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي على حسب ما يلجأ الناس في مهم أمورهم ومادهمهم إلى أهل الفضل والعلم والتقدم منهم وعويمر هذا من أقارب عاصم بن عدي المذكور فلجأ إليه ليستل له النبي صلى الله عليه وسلم فيما نزل به لكون عاصم ممن يقرب من النبي صلى الله عليه وسلم لتقديمه وفضله مع عامه ودينه فكان أعلم بما سئل فيه وأوعى للجواب عنه وقد روى البخاري عنه من حديث القاسم بن محمد عن ابن عباس ذكر المتلاعنان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم بن عدي في ذلك قولاً ثم انصرف فأتاه رجل من قومه فقال له انه وجد مع امرأته رجلا فقال عاصم ما ابتليت بهذا الأمر الا لقولي

(فصل) وقوله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يصنع وهذا من التحرز في السؤال لئلا يصرح بقذف من نسب إليه ذلك فيجب عليه الحد ولعله كان يعتقد أن مثل ذلك يجب عليه في امرأته لان حكم اللعان لم يكن نزل بعد ولعله أيضا لم يرد أن يعلن بخبره وأراد أن يكون اعلانه وكتابه على حسب ما يبدو إليه من حكم القضية ولذلك استتاب عاصم بن عدي في السؤال ومعنى قوله أيقته فتقتلونه على وجهين أحدهما هل يجب عليه في قتله القصاص والثاني هل من وجه يصل به إلى إزالة ما أصابه عن نفسه وإلى شفاء غيظه بغير هذا الوجه من قتله الذي اذا فعل قتل به ثم قال سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد والله أعلم انه كرهه مثل هذا أن يقذف رجل امرأته ويرميها بزن من غير أن تقدم له بيينة بما يدعيه لما اعتقد أن الحد يجب عليه كما يجب في قذف الأجنبية ولذلك روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لهلال بن أمية لما قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم البيينة والاحد في

عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فقام عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفي صاحبك فاذهب فائت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغنا من تلاعنا ما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها فلا تقبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين

فائت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغنا من تلاعنا ما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها فلا تقبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين

ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق اني لصادق فليزلن الله مايري ظهري من الخدقزل والذين
يرمون أزواجهم حتى بلغ ان كان من الصادقين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره التسرع
في ذلك تنظر ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره السؤال لمعنى يقترن به فكره لوجهين
أحدهما أن يكون من سؤال من يريد به التشغيب ولا يقصد التفقه كما كان يسئله بعضهم عن ناقة
ضلت له أو من أبوه وما جرى مجرى هذا وقد روى عنه أنه قال انزكوني ما تركتكم فانما هلك من كان
قبلكم بكثرة سؤالهم لانيأئهم واختلافهم عليهم والوجه الثاني انه كان صلى الله عليه وسلم يكره
كثرة السؤال لما فيه من التضييق على الناس وان لم يسئل عنه ووكل الناس فيه الى اجتهاد علماءهم
واذا سئل عن القضية ونص عليها لم يمتثل ذلك النص ولم يحل مخالفته وربما كان فيه بعض
التشغيب فيؤدي ذلك الى التضييق على الناس وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أعظم
الناس جرما من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسئلته وليس هذا حكم سائر الناس ونسائلهم عن
المسائل فانه من قصد بسؤال العالم التبكيك والتعيت والأذى لم يجز ذلك سواء وجد عنده علماء
أو لم يجد لفساد مقصد السائل فان سأل على سبيل المناظرة والمجارة فيها ليتبين الحق أو يبيدها
في النظر ويستعان بذلك على استعماله اذا احتيج اليه فهو وجه من السؤال صحيح ولو سأل على
سبيل الاستفتاء من فرضه ذلك فهذا أمر واجب والله أعلم وليس في شيء من هذين الوجهين اللذين
ذكرناهما وجه يتوقع الآن لان الشرع لا ينتقل عن الجواز الى المنع لتكلم العلماء في وقتنا هذا
في المسائل ولا السؤال العالم وفتياه في الاحكام

(فصل) وقوله فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله
عليه وسلم يريد في مسئلته التي كلف عاصم السؤال عنها لانه انما جاءه مقتضيا الجواب فيها حين كلفه
السؤال عنها فقال له عاصم لم تأتني بخبر يريد ان ما كلفتني من السؤال لم يثمر خيرا ولا سببه فان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قد كره مسئلتك وهذا يقتضي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخبر عنها
بشيء غير ما أظهر من كراهية السؤال وعلى هذا ينبغي للعالم أن لا يسرع بالجواب عما استفتي فيه اذا لم
يتبين له وجه الصواب فيه واذا خاف أن لا يتسبب به الى محذور حتى يكشف عن وجهه وسببه وجهة
السائل ومقصده ما أمكنه

(فصل) وقول عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها يريد استدامتها كان عليه من السؤال عن
مسئلته وطلب حكمه ولم يرد عنه ذلك ما ظهر اليه من كراهية النبي صلى الله عليه وسلم لمسئلته حين
لم يمكنه الصبر على ما زعم انه ظهر اليه ولم يعلم ماله في ذلك من القول والفعل ولعله خاف خلافا محتاج
الى أن يعلم وجه نفيه عنه ولعله قد تأول في الكراهية لمسئلته بعض ما ذكرناه مما لا يمنع السؤال عنها
ان كانت قد نزلت به أو لعله رجأ أن يبين من حاله اذا سأله ما يصل به الى معرفة ما يريد من غير أن
يوجب على نفسه حدا وترتفع به الكراهية فلما جاءه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عن مسئلته
بمثل ما كان كلف عاصم أن يسأل له عنها وقوله في رجل وجد مع امرأته رجلا يحتمل أن يكون زادا
على هذا انه رآها تزني معه ويحتمل أن يكون اقتصر على هذا اللفظ فقط فان كان فسر ذلك فقد
قال القاضي أبو محمد انه اذا ادعى الرواية ووصف ذلك كما يصف الشهود على احدي الروايتين وادعى
الرواية ولم يفسرها على الرواية الثانية فان له أن يلاعن وأما اذا لم يدع رواية فهل يلاعن أم لا فعن مالك
في ذلك روايتان احدهما يلاعن وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثانية انه يحسد ولا يلاعن وجه قولنا

انه يلاعن قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يفرق بين أن يدعى رؤية أو لولانه قاذف لزوجه لم يتبين كذبه فكان له أن يلاعن كما لو ادعى رؤية ووجه الرواية الثانية انها حرة عفيفة مسامة قدفها من لم يحقق قدفه فلزمه الحد كالأجنبي ولفظ الوجود مع امر أنه ليس بصريح في القذف ولو قال رجل وجدت مع امرأتى رجلا في لحافها أو وجدت لها قد تجردت لرجل أو وجدت لها وهي مضطجعة مع رجل عريانين ففي المتنونة عن ابن القاسم لم أسمع من مالك في ذلك شيئا إلا أنه لالعان بين الزوجين الآن يرميها بزنى أو ينفي حملها فأرى إذا لم يكن له بينة على ما ذكر فعلية الأدب دون الحد ووجه ذلك إذا فهم منه أنه لم يرد إلا الاخبار عما تلفظ به وأما لو فهم منه أنه أراد التعريض ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب يحد الزوج في التعريض ولا يلاعن وقد وجدت في غير هذا الموضع أنه يلاعن وجه القول الأول أنه لا معنى للتعريض بل هو دليل على كذبه لأن من امتنع بمثل هذا لا يقدر على الامساك والسكوت ولذلك جعل له المخرج بالعان فإذا عدل عن التصريح إلى التعريض دل ذلك على كذبه

(فصل) وأما قوله وجد مع امرأته رجلا فإنه يريد زوجته لأن هذا اللفظ إذا أطلق فهم منه الزوج فاقضى ذلك إضافة القذف إلى الزوجية ولو أضافه إلى غير الزوجية بأن يقول رأيتك تزني قبل أن تزوجك فلا خلاف نعمه في المذهب أنه يحد ولا يلاعن والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ثم خصه بقوله والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نخس الأزواج بحكم اللعان فاقضى ذلك أن من أضاف القذف إلى غير زوجة يحد ولا يلاعن ومن جهة المعنى أنه قدفها بزنى ولو حملت منه لم يلحقه فلزمه الحد كما لو كانت أجنبية حين القذف ووجه آخر أنه لو قدفها وأنكر حملها ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحد فاذن زوجها بعد الوقت الذي زعم أنها زنت فيه فبان يحد ولا يلاعن أولى وأحرى

(فصل) وقوله وجد مع امرأته رجلا فيه تحرز من التصريح باسم المقدوف لأنه لو صرح به ولم تقم له البينة لكان قاذفا له يجب عليه الحد ولم يتخلص منه باللعان خلافا للشافعي أنه يسقط ذلك تلاعن الزوجة والدليل على ما نقوله أنه شخص لا يجب عليه الحد بالتلعان الزوج فلم يسقط قدفه بلعانه مع كونه ممن يحد قاذفه كالمرأة الأجنبية (مسألة) فإن حد للرجل المسمى فإنه يسقط عنه اللعان قال سمنون ووجه ذلك أن من حد بقذف رجل دخل فيه كل قذف ثبت عليه قبل ذلك الحد لمن قام به أو لمن لم يقيم به (مسألة) وإذا لم يسمه فلم يجب عليه حد خلافا لاحد قولي الشافعي أنه يجب عليه الحد وإن لم يسمه والدليل على ما نقوله أن حد القذف لا يجب استيفاؤه له إلا بمطالبة مستحقه وإذا كان مجهول العين والاسم لم تصلح المطالبة به فلم يجب الحد كما لو قال رأيت رجلا يزني

(فصل) وقوله رأيت رجلا وجد مع امرأته سؤال عام لكن جوابه صلى الله عليه وسلم خاص بقوله قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فائت بها وقال السائل أيقنته فيقتلونه أم كيف يفعل وقد سأل عن قصته بلفظ الغائب لئلا يلزمه حكم الاقرار وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك لما كان فيه من تسليم نفسه من حد القذف والذهاب إلى التستران ذهب إليه أن كان وقع له سهواً وقلة استنبات وقوله أيقنته فيقتلونه وأقرار النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك دليل على أن من وجد مع امرأته رجلا فقتله فإنه يقتل به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فائت بها يقتضى أن النبي صلى الله عليه وسلم قد عرف أنه صاحب المسئلة ولعل ذلك كما بالوحي الذي أنزل في قصته ما فاعلم فيه أن السائل وإن كان وري فلم يضاف الأمر الى نفسه فانه صاحب ذلك والمبتلى به فأعلمه النبي صلى الله عليه وسلم انه قد أنزل فيه وفي صاحبه بعدما تقدم أوحى اليه أن المسئلة مما لا بد للناس منها وما يجب أن يباح لهم السؤال عنها أو يكون ظهر ذلك اليه تبيل الوحي والله أعلم

(فصل) وقول سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على أنه ليس من سنة اللعان الاستتار به بل من سنته احضار الناس له ليشتهر أمره بل حقوق النسب بالزوج أو انتقاله عنه ولا يكون الا عند الامام أو الحاكم لانه حكم يفتقر الى حاكم به (مسئلة) وهو جائز في كل وقت من أوقات النهار قاله مالك في كتاب محمد وذلك انه حكم فلم يختص بوقت دون وقت قال ابن وهب ويكون باثر صلاة قال مالك وبأثر مكتوبة أحب الى وقد كان ذلك عندنا بعد العصر ولم يكن سنة يريد أنها بمن تقتضى التغليظ فغلظت بالوقت على جهة الاستحباب لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا ينظر الله اليه يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان له فضل ماء بالطريق يمنعه من ابن السبيل ورجل يبيع إماما لا يبايعه الا بدنيا فان اعطاه منها رضى وإن لم يعطه منها سخط ورجل أقام سلعة بعد العصر فقال والله الذي لا اله الا هو لقد أعطيت بها كذا وكذا فصدقه وفي ذلك فائدة اجتماع الناس مع الانصراف من عبادة تذكروا بالله تعالى وتنبه عن الباطل قال الله تعالى ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر وقال عبد الملك بن الماجشون لا يكون الا باثر صلاة وفي مقطع الحقوق فكأنه جعل ذلك شرطا كالمكان وأما التغليظ بالمكان فانها بمن فيما له بال يحتاج الى التغليظ فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين في الحقوق وعليه جماعة العلماء وقد روى ابن جرير عن ابن شهاب في هذا الحديث فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد وأما اليهودية والنصرانية فتلاعن بحيث تعظمه من البيع والكنائس قاله مالك (فرع) فان كان هناك عذر يمنع من دخول يقطع الحق فلا يخلو أن يكون انقضاؤه معتادا كالحيض أو لا يكون معتادا كالمريض فان كانت حائضا لا عن هولما يريد من الاستعجال ويخاف أن ينزل به مانع من اللعان هذا الذي قاله أصحابنا ويحتمل أن يلزمه ذلك ليسرأ عن نفسه الحد وتؤخره الى أن تطهر فتلاعن فان كان مريضا وكانت مريضة أرسل الامام الى المريض منهما عدولا رواه في العتبية أصبغ عن ابن القاسم ووجه ذلك انه حكم من سنته التعجيل والمرض لا يدري له غاية فسقط المكان بالتعجيل للضرورة والله أعلم

(فصل) وقوله فلما فرغنا من تلاعنا ما يريد أكمل كل واحد منهما من ذلك ما يجب في حقه قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها يريد أنه ان أمسكتها بعدما علم وتيقن من حالها الموجب للعانها فهو كاذب عليها ويحتمل أن يريد به أن ذلك مما يبين كذبه وهو كما قال ان من زعم أن زوجته قد زنت وثبت في حقه اللعان اما برؤية أو قذف أو انتفاء من حمل ثم ظهر منه من البقاء على ذلك والسكوت عنه طويل المدة أو وطئها أو الالتذاذ بها ما يدل على امساكها فانه يبطل حقه من اللعان ويتبين بما فعله كذبه ويجب عليه الحد وهو الذي قاله مالك وجماعة أصحابنا والوجه الثاني أن يقول اني أحكم على نفسي بحكم الكاذب ان أمسكتها كما يقول القائل أنا فاسق ان لم أفعل كذا وأنا ظالم ان تركت حق وما جرى مجرى ذلك

(فصل) وقوله فطلقها ثلاثا يريد أنه أتى بهذا اللفظ وهو قوله هي طالق ثلاثا ويحتمل أن يريد به أن ذلك يقتضي قوله كذبت عليها رسول الله أن أمسكتها لأن المفهوم من قوله هذا أن من دليل صدقه أن لا يمكنه المقام معها ولا الإمساك لها على حكم الزوجية وهذا يقتضي الطلاق الثلاث لأنه لو طلقها طلاقا رجعيا لكان في معنى الإمساك لها ولا يستدل بذلك على صدقه لأن من أطلع من زوجته على مثل هذا يبلغ به الغضب إلى أنه لو استحل قتلها لقتلها فان امتنع من ذلك للشرع أبانها أو أبعداها بأكثر مما يمكنه حتى لا يراها ولا يقدر أن يسمع ذكرها ولا يخبرها فكيف أن يمسك عصمتها ويحتمل أن يكون ذلك آخر طلقة بقيت له فيها بوصف طلاقه كله فيها ما أوقع قبل اللعان وما أوقع بعده فان كان صرح في طلاقها بالثلاث ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع أن إيقاع الثلاث ممنوع على ما قاله مالك وأصحابه فانه يحتمل أن يكون ترك الإنكار عليه لما كان ذلك أمرا واجبا بالشرع ولعله قد جرى في المجلس ما علم به عويمرحم ذلك أو أوقعه ابتداء لما بلغ به الغضب من فعلها والبغض لها والغيظ عليها فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم لما كان ذلك حكمه لو لم يبرأ به فان طلاق اللعان تحريمه مؤبد وهو أشد من الثلاث لأن تحريم الثلاث يرتفع بوجهه وتحريم اللعان لا يرتفع بوجهه فكان بمنزلة من علم من حاله أنه قد طلق زوجته طلقتين فطلقها بعد ذلك ثلاثا فانه لم يواقع محظورا لانه لا تأثير لقولنا ثلاثا إلا ما يؤثر قوله أنت طالق لاسيما إذا نوى أن ذلك آخر ثلاث تطليقات فطلقها ومع هذا فان قذفها بالزنى يقتضي مباحة لها ولو طلقها بعد ذلك ثلاثا فانه لم يواقع محظورا بذلك فكان فراقه تصديقا لقوله فيما قذفها به وما وجد منه قبل ذلك من الوطء فلا تأثير في ذلك قال ابن القاسم في العتبية انه اذا قذفها وقال رأيتها زنى لا عن ولم يسأل هل وطئها قبل ذلك ولا يضره ان أقر بذلك فان أقر انه وطئها بعد ذلك حد ولم يلاعن ولحق به الولد وهذا مبني على انه لا يراعى الاستبراء

(فصل) وقوله قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك يقتضي أن الفرقة تقع من غير حكم كما بذلك ولا يصح أن يقال ان هذه الفرقة انما وقعت بان طلق ثلاثا لان فرقة اللعان مؤبدة باجماع اذ لم يكذب نفسه وفرقة الثلاث لا تتأبد ولا تتعلق بالتمادي على حكم اللعان وقال أبو حنيفة لا تقع فرقة اللعان الا بحكم كما هو الدليل على ذلك الحديث المتقدم فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فكانت سنة المتلاعنين ومن جهة المعنى انها فرقة تجب باللعان فاستغنت عن حكم الحاكم ولو احتاجت الى ذلك لم تجب باللعان ودليل ثان وهو ان هذه الفرقة تقتضي تحريما مؤبدا فلم تقتصر الى حكم كما هو كالفارقة الواقعة بتحريم الرضاع والمصاهرة (فرع) ولا تقع الفرقة باللعان الزوج حتى تكمل المرأة اللعان خلافا للشافعي في قوله تقع الفرقة باللعان الزوج وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم الا بلعانها وبذلك يدركها العذاب وهذا الخلاف في المذهب انما هو خلاف في عبارة لأن الفرقة لا تتبع ولا خلاف عند أصحابنا انها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو أكلت نفسها قبل اتمام اللعانها وقد نص عليه مالك ووجه ما نقوله ان التلاعن لم يكمل فلم تقع الفرقة كما لو بقي من لعان الزوج شيء (مسألة) وليس على الامام أن يأمر المتلاعن بالفرع من اللعان بالطلاق لأنه لا تأثير لذلك ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أمر بذلك فيقضى بما صح عنه رواه ابن مزيين عن عيسى قال اني لأحب للزوج ان يطلق مثل ما صنع عويمر وان لم يفعل فيكفي في ذلك ما مضى من

سنة المتلاعنين انهما لا يتناكحان أبدا وهو الذي قاله عيسى لا تأثير له ولا يتعلق له حكم أكثر منظهار الزوج ما يدل على صدقه من الاصرار على مفارقتها والابعاد لها واظهار معرفته بما يقتضيه اللعان من التحريم ويقتدى في ذلك بما فعله أحد الصعابة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فأقره عليه وهو معنى اللعان ألا ترى ان سكوته عنها بعد علمه دليل على كذبه فيستحب له أن يأتي من ذلك بما يؤكده صدقه

(فصل) قول ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين يريد أن الفرقة بينهما سنة ثابتة بين المتلاعنين ويحتمل أن يريد بذلك استحباب اظهار الطلاق بعد اللعان على ما قاله عيسى بن دينار ويحتمل أن يريد بذلك وقوع الفرقة بينهما بانقضاء اللعان وتأبيد التحريم والله أعلم وأحكم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رجلا لا عن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرو رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة * ش قوله ان رجلا لا عن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها من انتفاءه من ولدها كان سبب اللعان والمعنى الثاني انه لا عنها بدعوى ادعائها من رؤية أو غيرها فلا عن لذلك وانتفى من ولدها فأما نفي الولد فان المذهب انه يجب به اللعان وان عرا عن القذف وقال الشافعي لا يلاعن حتى يقترب به القذف والدليل على ما نقوله ان ضرورته الى نفي الولد أشد من ضرورته الى قذفها لأن به حاجة الى ان يزيل عن نفسه نسب ليس منه وذلك يصح بنفي الولد أكثر مما يصح بالقذف فاذا جازله أن يلاعن بالقذف لحاجته اليه فلا عن لنفي الحمل وحاجته أكده أولى وأحرى (مسئلة) ونفي الولد يكون على وجهين أحدهما ان يظهر بها حمل فينفية والثاني ان تلد ولدا فينفية فاما ظهور الحمل فان الزوج اذا رآه فانه لا يخلو ان يقر به أو ينفية أو يسكت فان أقر به لم يكن له أن ينفية بعد ذلك فان نفاه حد وأما ان نفاه بعد ذلك فلا يخلو ان يدعي استبراء أو لا يدعيه فان ادعى استبراء فلا خلاف أن له الملاعنة وان لم يدع استبراء فهل يلاعن أو يحذف مالكا في كتاب الحمل ليس له نفي الحمل الا ان يدعي الاستبراء وهو في العتية من رواية أشهب عنه وبه قال الخزومي وابن أبي ذئب قال في المدونة جل رواية مالكا على مراعاة الاستبراء وقد قال به ابن القاسم قال ابن القاسم وابن نافع يلاعن وان لم يدع استبراء ورواه في الموازية ابن القاسم عن مالك وجه رواية أشهب انه اذا لم يدع الاستبراء لم يصح منه نفي الحمل لجواز ان يكون الولد ولده ووجه الرواية الثانية ان الملاعنة تصح منه بغير الاستبراء ويدرأ عن نفسه الحد بذلك ويحصل من نفي الولد مع ذلك ما هو أعلم به (فرع) فاذا قلنا انه يراعى الاستبراء فكيف يجزى منه المشهور من مذهب مالك يجزى منه حيضة واحدة وروى عبد الملك عن مالك ثلاثة اقراء وجه رواية ابن القاسم ان الاستبراء ههنا انما يقصد به تحقق نفي الحمل ووجود وجه يقتضيه وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الامة لأن هذا الاستبراء ليس بعدة فيعتبر فيه عدد الاقراء ووجه الرواية الثانية انه استبراء لحره فاعتبر فيه بعدد الاقراء كالعدة (فرع) واذا قلنا بنفي الاستبراء فقال قد كنت أظأ ولا أدري هل هو مني فلا عن لما ادعاه من الزنا فاختلف في هذا قول مالك وأصحابه فروى ابن القاسم عن مالك في الموازية انه منفي باللعان وان كانت بينة الحمل وهذا اغراق والذي أخذ به ابن القاسم انها ان كانت بينة الحمل أو أتت به لأقل من ستة أشهر فهو به لاحق وان كان لا عن على غير هذا فهو منفي باللعان وقال عبد الملك وابن عبد الحكم وأشهب ان لا عن برؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفية الا بلعان مدعى فيه استبراء

* وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رجلا لا عن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرو رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة

(مسألة) المشهور من المذهب ان الحامل تلعن اذ انفى الزوج حملها وقال عبد الملك من أصحابنا لالعان بينهما ولا قذف حتى تضع اذ لعله لاجل بها وبه قال أبو حنيفة وجه القول الاول قول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الاية ولم يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع ومن جهة المعنى ان كل نسب جاز اسقاطه باللعان بعد انفصال الولد جاز اسقاطه قبله كالفراش ووجه الرواية الثانية ما احتج به عبد الملك من انه لا يتيقن حملها فينفيه ولا يتيقن زناها بالتعانه ان نكحت لجواز أن لا يكون ثم حمل (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فتلعنا ثم انفس الحمل لم يحد الزوج ولم تحل له أبدا قاله ابن المواز وجه ذلك ان حكم اللعان قد ثبت بينهما فلا يزول التحريم بما يتبين به الكذب كما لو أقر الزوج بالحمل (فرع) ومن أنكر ولده بالعزل لحق الولد به وكذلك كل من وطئ في موضع يمكن وصول الماء منه الى الفرج وكذلك الدبر فان الماء يخرج منه الى الفرج حكاه ابن المواز فاما العزل فوجه صحيح لانه قد يسبقه من الماء ما لا يشعر به قبل العزل فيكون منه الولد وأما لو وطئ في غير الفرج فانه يبعد عندي أن يخلق منه ولد ولو صح هذا لما جاز أن تعد امرأة ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد لجواز أن يكون ذلك من وطء في غير فرج فلا يجب به رجم ولا حد وان وجبت به عقوبة أو يكون ما أنزله رجل من غير وطئ فوصل الى فرجها ولما أجمعوا على اقامة الحد عليها اقتضى ذلك ان الماء الذي يخلو منه الولد انما هو ما يخرج بعد التقاء الختانين وانه قد يلتقي الختانان قبل الاقتراض والله أعلم (مسألة) وأما اذا قذفها بزنا وقال قد وطئتها قبل ذلك ولم استبرئها حتى رأيتها تزي فهذا على رواية ابن القاسم اذا لعن للرؤية ينتفى الولد الا أن تكون ظاهرة الحمل يوم ادعى الرؤية أو أتت به لأقل من ستة أشهر فيلحق به ويقضى مذهب ابن الماجشون انه يلاعن للرؤية ودفع الحد عنه ولا ينتفى بذلك الولد (مسألة) وانما له انكار الحمل ونفيه حين علم به أو علم بالولادة وأما ان علم بذلك ثم أقام يوما أو يومين لا ينكر فلا انكار له قاله القاضي أبو محمد الا أن يكون له عذر في ترك الانكار وقال أبو حنيفة له انكاره بعد الوضع بيوم أو يومين وان لم ينفيه حتى مضت سنة أو سنتان ثم نفاه لاعن ولحق به الولد وبه قال الشافعي في أحد قوله والدليل على ما نقوله انه قد أ كذب نفسه بالامساك عن الانكار وكذلك يجب أن يكون اذا ادعى رؤية قديمة ثم قام الآن بها أن لا يقبل قوله ويحد لان سكوته عن انكار ذلك والقيام به حين رآه دليل على كذبه ويحد رواه ابن حبيب وابن المواز عن ابن الماجشون (مسألة) وأما نفي ولده فهو أن يقدم من سفره فيجد امرأته قد ولدت أو ادعت ولدا فينفيه وذلك على ضربين أحدهما أن يقول لم تلديه وليس بولدك والثاني أن يقول ولدتيه ولكن ليس مني فاما الأول فاذا قال لم تلديه جلة وقالت هي ولدته منك قال ابن القاسم في الموازية هو منه الا أن ينفيه بلعان وقال أشهب المرأة مصدقة وللعان فيه الا أن يقصد نفي الولد منه فيلاعن قال ابن القاسم فان نكل بعد ان نفاه على هذا الوجه ولم يلاعن لم يحد (مسألة) وأما ان قال ولدتيه وليس مني فقد قال عيسى عن ابن القاسم فممن غاب عن زوجته عشرة أعوام أو أكثر ثم قدم فوجدها قد ولدت أولادا فانكرهم وقالت هي هم منه كان يأتيني في السر لم ينفيهم الا بلعان ووجه ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الولد للفراش فاذا كان الفراش له مع غيبته فاولد فيه لاحق به ولازم له ولا ينتفى من ولد فيه الا بلعان (فصل) وقوله ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما لم يرد به انه أوقع الفرق بينهما وانما أراد به والله أعلم انه أعلمهما بحكمهما وان حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما وتأيد التحريم ووجه ذلك

ماروى في حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال أحدهما كاذب لاسيما لك عليها وهذا الخبر بمقتضى الشرع ولأنه ليس ههنا محكوم له فيحكم بذلك عليه ما لان حقوق الشرع في التحليل والتحريم ثابتة بالشرع ولا تفتقر الى حكم ما حكم كتحريم المصاهرة والرضاع

(فصل) وقوله وألحق الولد بالمرأة يريد أنه صرف نسبته الى أمه لأنه قبل ذلك كان ينتسب الى أبيه فلما منعه من ان ينتسب الى أب ونسبه الى أمه كان ذلك وجهها من الحاقه بها لأنه أقامها له في الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك والله أعلم ص **قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين** ش قول مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن الى آخره هذا يقتضى اختصاص هذا بالزوجات دون غيرهن اذا لم يكن للزواج شهادت بما يدعون على الزوجات من الزنا وهذا يخرج الزوج عن أن يكون له حكم الشاهد ولو شهد بذلك عليها أربعة أحدهم زوجها لم تتم الشهادة فكان على الزوج أن يلاعن فان تم اللعان بينهما أحد الثلاثة الأجنبيون فان أبى الزوج أن يلاعن حد الزوج معهم وقال أبو حنيفة تقبل شهادة الزوج ان لم يتقدم له فيها قذف وترجم المرأة والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت الا أنفسهم الآية وجه الدليل من الآية انه استثنى الأزواج من الشهداء فافتضى أن لا يكونوا شهداء ودليلنا من جهة القياس ان هذه بينة في الزنا لم تتم الا بالزوج فلم يحكم بها كما لو تقدم القذف (مسئلة) ولو أقام بينة بزنا عا فاقم عليها الحد كان له أن يلاعن قاله مالك والشافعي لأنه اذا ثبت زوجهما الزنا لم ينتف نسب الولد وان لا عن الزوج ونكحت المرأة أقيم عليها الحد ان كانت بكر ا بجلد مائة وان كانت ثيبا بالرحم

(فصل) وقوله فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الذي ذهب اليه أصحابنا ان ألفاظ اللعان ايمان وقال أبو حنيفة اللعان شهادة والدليل على ما نقوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فوجه الدليل من الآية انه قرن بلفظ الشهادة قوله بالله انه لمن الصادقين وهذا معنى اليمين فان اليمين قديقال فيها أشهد بالله لقد كان كذا وكذا والثاني انه أقسم على فعله والشاهد لا يشهد على فعله ووجه ثالث انه لا خلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا والحبس عند أبي حنيفة وهو عنده عذاب وهذا حكم اليمين فاما الشهادة فلا يصح أن تقبل شهادة الانساب ليدفع بها عن نفسه ضررا ومما يدل على ذلك ما روى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عن بين هلال بن أمية وزوجه ثم ولدت على شبه الذي قذفت به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان له ولها شأن ودليل آخر وهو ما روى نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وفائدة الخلاف في هذه المسئلة أن اللعان يصح من الفاسق والأعمى والشهادة لا تصح من الفاسق ولا تصح عند أبي حنيفة من الأعمى (مسئلة) ويبدأ الرجل باللعان لقول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية فبدأ بلعان الزوج ومن جهة السنة ما روى محمد بن سيرين عن أنس بن مالك انه قال أول لعان كان في الاسلام ان هلال بن أمية قذف شريك بن سحما بامر آتة فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البينة والاحد في ظهرك فردده عليه مرارا فقال هلال بن أمية والله

* قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين

يارسول الله ان الله يعلم اني لصادق ولينزلن الله عليك ما يرى * ظهري من الجلد فينباهم على ذلك
 اذ نزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم الآية فدعا هلالا فشهد أربع شهادات بالله انه لمن
 الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعيت المرأة فشهدت على نفسها
 أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين الحديث ومن جهة المعنى ان الزوج بدأ بالقذف فلزم أن يبدأ
 باللعان (فرع) فان بدأت المرأة باللعان فهل تعيده بعد التعان الزوج الذي ذكره القاضي أبو
 محمد عن المذهب أنها لا تعتد بما تقدم من لعانها قبل الزوج وتعيد اللعان وهذا الذي ذكره هو
 قول أشهب والذي حكاه ابن المواز عن ابن القاسم أنها لا تعيد اللعان وبه قال أبو حنيفة وجه القول
 الأول ما احتج به القاضي أبو محمد من قول الله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله
 وهذا يجب أن يكون بعد ان حق عليها العذاب وذلك لا يكون الا بالتعان الزوج واحتج لذلك أشهب
 ان هذا بمنزلة الحقوق فلو بدأ الطالب باليمين لم يجزه ذلك الا بعد نكول المطلوب ووجه رواية ابن
 القاسم أن هذا لعان من أحد الزوجين فيصح أن يقع أولا كلعان الزوج (مسألة) واذا قذف
 امرأته ثم أنكر القذف فلما أقامت بذلك عليه بينة ادعى رؤية الزنا فان له اللعان بخلاف الحقوق
 وله أن يقول أردت التستر رواه أصبغ عن ابن القاسم في الموازية (مسألة) واذا قذف الزوج
 امرأته فعليه الحد وانما له أن يسقطه باللعان وقال أبو حنيفة لا حد عليه ولكن يحبس حتى يلتنع
 والدليل على ما نقله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
 جلدة ومن جهة السنة حديث أنس المتقدم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية البينة
 والا حد في ظهرك ومن جهة المعنى انه قاذف حرة عفيفة فثبت في حقه الحد كالأجنبية ولو التعن بعض
 اللعان فبقي منه أقله فقالت المرأة قد عفوت عنك ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان ترك
 اللعان فلا حد عليه ويلحق به الولد وكذلك لو لم تعف المرأة ولكن أقرت ثم رجعت فاعتذرت بما
 تعذر به لم يحدوا أحدهما وألحق به الولد (مسألة) فاذا التعن الرجل وسقط عنه الحد فانه يتعلق
 بلعانه أحكام منها سقوط الحد عنه وتوجيهه على المرأة وانتفاء الولدان كان اللعان يتضمن ذلك وقال
 أبو حنيفة لا شيء من ذلك وانما تحبس ان امتنع من اللعان والدليل على ما نقله قوله تعالى ويدرأ
 عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين وهذا يقتضي انه قد توجه اليها بلعان
 الزوج عذاب وهو الحد فان لها أن تدرأه عن نفسها باللعان ودليلنا من جهة المعنى انه معني يخرج
 به القاذف من قذفه فتوجه الى المقذوف به الحد أصل ذلك السنة (فرع) وان تبادت على الامتناع
 من اللعان أنفذ عليها الرجم أو الجلد على ما تقدم فان رجعت ففي كتاب محمد بن عود الى اللعان فان نكل
 الزوج لحق به ولا يحد لانها مقرة بذلك بنكولها وان رجعت بعد ذلك الى اللعان فان حكم النكول باق
 في اسقاط الحد عن الزوج ورأيت مثل هذا الابي علي بن خلدون وأبي بكر بن عبد الرحمن القرويين
 وقاسا على طريقته أن يرجع قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان في كتاب ابن المواز
 عن ابن القاسم هذا المعنى بعينه ورأيت للشيخ أبي عمران ولأبي القاسم بن الكاتب يمضي عليها
 وليس لها الرجوع الى اللعان قال أبو القاسم لانها اذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج فقد صدقته
 وتحقيق ذلك حق للزوج فليس لها الرجوع عنه كما ليس لها الرجوع عن اقرار بحق خصم يطلبه
 (مسألة) وصفة اللعان قال مالك يقول أشهد بالله وهو اختيار ابن القاسم وقال أيضا مالك أشهد بعلم
 الله قال ابن القاسم ويقول في الرواية أشهد بالله اني لمن الصادقين لرأيتها تزي يقول في كل مرة قال

أصبغ ويقول كالمروء في المكحلة ثم يقول لعنة الله عليه في الخامسة ان كان من الكاذبين ثم
تقول هي أشهد بالله انه لمن الكاذبين ما رأي في أزني ثم تخمس بالغضب قال ابن القاسم ويقول في نفى
الجل أشهد بالله انه لمن الصادقين ما هذا الرجل مني قال أصبغ وأحب الى أن يزيد في كل مرة ولزنت
وقال ابن القاسم وتقول هي أشهد بالله انه لمن الكاذبين وما زنت قال أصبغ وأحب الى أن يزيد
في كل مرة وانه لمنه ثم تخمس بالغضب قال أصبغ فان قال هو في الخامسة مكان ان كنت من
الكاذبين ان كنت كذبتها أجزأه ولو قالت المرأة في الخامسة مكان ان كان من الصادقين انه لمن
الكاذبين أجزأها وأحب الى لفظ القرآن وفي كتاب محمد بن عيسى بن وهب يقول هو في الأربعة
أشهد بالله انه لمن الصادقين وفي الخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتقول هي أشهد
بالله انه لمن الكاذبين وفي الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين فكان أصبغ أشار الى
ان لفظ اللعان غير متعين وان لها أن يأتي بأي لفظ شأى ورأى الامام اذا كان موافقا للمعنى الا ان
لفظ القرآن أفضل والله أعلم وظاهر قول ابن وهب ان لفظه متعين بلفظ القرآن والله أعلم ص
قال مالك السنة عندنا ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا وان كذب نفسه جلد الحد وأحق به الولد
ولم ترجع اليه أبدا قال وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف * ش قال مالك رحمه الله
السنة عندنا يريد ما رسم عندهم وأثبت من حكم المتلاعنين أن لا يتناكحا أبدا لان تحريم اللعان
مؤبد وقد قال القاضي أبو الحسن فرقة المتلاعنين فسخ وفائدة ذلك ان التحريم مؤبد ولو كان
طلاقا لم يتأبد وانما يتأبد بتعريم الفسخ كالرضاع * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى ليس
بالبين وذلك ان الفسخ لا يتأبد لنفسه فقد يفسخ النكاح الفاسد ثم يتناكحان بعد وانما يتأبد
التعريم أو لا يتأبد لموجبه الذى أوجب تأييد التعريم في الرضاع للرضاع نفسه دون الفسخ
لانه لو وجد الرضاع قبل الفسخ لتأبد التعريم وهذا حكم اللعان الذى هو موجب للتعريم المؤبد
والأصل في ذلك ما روى سعيد بن جبير سألت ابن عمر عن حديث المتلاعنين فقال قال النبي صلى الله
عليه وسلم أحكما كاذبا لا سبيل لك عليها وهذا يقتضى التأيد فيعمل عليه وانما حكمنا بكونه فسخا
لانهما مغلوبان على الفرقة من غير ايقاع موقع والطلاق لا يكون الا بإيقاع مطلق ووجه ثان انهما
مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح فوجب أن يكون فسخا لان الطلاق لا يغلبان على
ايقاعه الا لفساد فى العقد على أحد القولين وعلى القول الآخر فلا يغلبان عليه وما غلب عليه فهو
فسخ بكل وجه

قال مالك السنة عندنا أن
المتلاعنين لا يتناكحان أبدا
وان كذب نفسه جلد الحد
وأحق به الولد ولم ترجع
اليه أبدا وعلى هذا السنة
عندنا التي لا شك فيها ولا
اختلاف

(فصل) وقوله وان كذب نفسه جلد الحد ومعنى ذلك انه كذب نفسه وأبطل ما كان له من
اللعان وصار قد فقه لها ظمما فوجب عليه الحد فان قد فقهنا ثانيا بعد أن حد لها فقد قال ابن القاسم في
الموازاة يحد الا أن يلاعن وقال عبد الملك يحد ولا يلاعن فقول ابن القاسم مبني على أن له الرجوع
الى اللعان بعد تقرير الحد عليه وقول عبد الملك مبني على أنه ليس له ذلك

(فصل) وقوله يلحق به الولد معنى ذلك ان الولد لاحق به اذا كذب نفسه سواء كان ذلك قبل
اللعان أو بعده فان كان قبل أن يلاعن الزوج حد ولم يكن له أن يلاعن وان كان بعد أن لا عن هو
وقبل أن تلاعن هي جلد الحد وسقط عنها اللعان ويلحق به الولد على كل حال وروى عيسى عن
ابن القاسم في العتية يرجع عليه بنفقة الرجل وأجر الرضاع ونفقته بعد ذلك ان كان في تلك المدة مليا

(فصل) وقوله ولم يرجع عليه أبدا يريد ان كذابه نفسه بعد اللعان لا يرفع التعريم الواقع بينهما

باللعان ولا يخلو أن يكذب نفسه قبل اتمام اللعان أو بعده فإن أ كذب نفسه قبل اتمام اللعان وقبض
 شيء من لعانها قال مالك يحتوهما على نكاحهما وجه ذلك أن اللعان لم يتم بعد فمما على حكم الزوجية
 بينهما تمام اللعان وانما تنقص الزوجية بينهما تمام اللعان فتي كل اللعان بينهما فقد بانت منه وتأبد
 تحريرهما فلا تحلل له أبدا وإن أ كذب نفسه وقال أبو حنيفة يرتفع التحريم ويجوز له أن يتزوجها
 والدليل على ما نقوله حديث ابن عمر المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للزوج من المتلاعنين
 لا سبيل لك عليها ودليلنا من جهة القياس أنه تحرير لا يرتفع بزواج واصابة فكان مؤبدا كتحريم
 الرضاع ص قال مالك وإذا فارق الرجل امرأته طلاقا بئنا ليس له عليها رجعة ثم أنكر
 حملها لا عنها إذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه إذا ادعته ما لم يأت ذلك من الزمان
 الذي يشك فيه فلا يعرف أنه منه قال فهذا الأمر عندنا والذي سمعت من أهل العلم * وقال مالك إذا
 قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهي حامل يقر بحملها ثم يزعم أنه رآها تزني قبل أن يفارقها
 جلد الحد ولم يلاعنها فإن أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لا عنها قال وهو الذي سمعت * ش وهذا على
 ما قال إن المطلق لزوجه طلاقا بئنا لا يخلو أن يكون بها حمل ظاهر أو لا يكون بها حمل فإن كان بها حمل
 ظاهر فأنكره فإن له أن ينفيه باللعان خلافا لأبي حنيفة لأنه لا يحتاج أن ينفي عن نفسه نسباً ليس منه
 كما لو لم يطلق ولا يخلو أن يكون نفي الحمل وادعى رؤية زنا أو لم يدع ذلك فإن ادعى رؤية الزنا لم يحل أن
 يدعي الاستبراء أو لا يدعيه فإن ادعى الاستبراء والرؤية ونفي الحمل فالظاهر من المذهب أنه يلاعن وإن
 لم يدع استبراء وادعى رؤية ونفي الحمل في الموازية في الذي يطلق طلاقا بئنا وقال رأيتها تزني يريد نفي
 ما تأتي به من حمل فإنه لا يلاعن إن لم يدع استبراء وإن لم يدع رؤية وادعى استبراء فإنه يلاعن وروى
 أبو الفرج عن مالك أنه إن نفي حملها في العدة لاعتن ولم يحل على الطلاق وقد شرط في موضع آخر
 ادعاء الاستبراء (مسئلة) فإن لم ينف الحمل وقذفها في العدة من الطلاق البائن فقد روى أبو الفرج
 أنه يحل ولا يلاعن ووجه ذلك أنه لا فائدة في هذا الوقت في قذفها لأنها أجنبية منه لا ينفي حملها فإذا
 لم ينفيه به فلا حاجة به إلى هذا القذف فلزمه الحد (مسئلة) وإن لم يكن بها حمل وقال في عدتها من
 الطلاق البائن رأيتها تزني فقد قال ابن القاسم ورواه ابن وهب يلاعن وحكم القاضي أبو محمد خلافا
 للشافعي في قوله لا يلاعن إلا أن تكون حاملا واحتج على ذلك بأنه قد فها بوط يحتاج إلى نفي نسبه
 عنه لأنه إن لم ينفيه لحق به كالذي لم يطلق وقال ابن المواز يحل ولا يلاعن وقال المغيرة لا يحل ولا يلاعن
 واختاره سحنون (مسئلة) وهذا إذا ادعى أنه رآها تزني في العدة فإن قال رأيتها تزني قبل الطلاق
 البائن ففي كتاب أبي الفرج يحل ألا أن يظهر بها حمل قبل أن يحل فينفيه ويدعي الاستبراء فيلاعن
 قال ابن المواز أحب إلى أن ينظر فإن تبين أن لا حمل بها حلتها وإن ظهر بها حمل لاعتن لأنه ممن
 لا لعان له في الرؤية ووجه ذلك أن الطلاق ليس فيه اقرار بالسلامة من الزنا غير أن هذا مبني على
 ما قاله ابن المواز إن المطلق بئنا لا يلاعن إلا نفي الحمل ولا يلاعن للرؤية لأنها ليست بزوجة وقد تقدم
 من قول أصحابنا ابن القاسم وغيره أنه يلاعن ولا يحل والخلاف بين أبي الفرج وابن المواز في تأخير
 الحد بعد القذف فأبو الفرج يذهب إلى أنه لا يؤخر لأنه من ثبت عليه القذف وادعى النكاح لا يهل
 ويعجل الحد وابن المواز يذهب إلى تأخير الحد للزنا على الزوج بخلاف الأجنبي لحاجة الزوج إلى
 ذلك دون الأجنبي وبالله التوفيق

(فصل) وقوله وكان حملها يشبه أن يكون منه يريد أن تأتي به لا مدام الحمل وذلك إن المطلقة لا بد أن

قال مالك وإذا فارق الرجل
 امرأته طلاقا بئنا ليس
 عليها فيه رجعة ثم أنكر
 حملها لا عنها إذا كانت حاملا
 وكان حملها يشبه أن يكون
 منه إذا ادعته ما لم يأت
 ذلك من الزمان الذي
 يشك فيه فلا يعرف أنه
 منه قال فهذا الأمر عندنا
 والذي سمعت من أهل
 العلم * قال مالك إذا
 قذف الرجل امرأته بعد
 أن يطلقها ثلاثا وهي حامل
 ويقر بحملها ثم يزعم أنه
 رآها تزني قبل أن يفارقها
 جلد الحد ولم يلاعنها وإن
 أنكر حملها بعد أن يطلقها
 ثلاثا لا عنها قال وهذا
 الذي سمعت

تأتي بالولد قبل أن تحيض أو بعد الحيض فإن أتت به قبل الحيض لأكثر أمداً خل فهو لاحق بالزوج
الا أن ينفيه بلعان وأكثر أمداً خل اختلف فيه قول المالكيين فقال العراقيون منهم أربعة أعوام
وبه قال أصبغ والشافعي وقاله ابن القاسم وسحنون وقال ابن وهب وأشهب سبع سنين وقال أبو
حنيفة أكثر الحمل سنتان (مسئلة) وإن حاضت ثم أتت بولد لثل هذه المدة فقد قال ابن القاسم
يلحق به وإن حاضت ثلاث حيض وقد تحيض المرأة على الحمل قال ابن القاسم ولو علم أنها حائض
حيضاً مستقيماً وتيقن ذلك وعرفه النساء لرأيتها زانية ويسقط نسب الولد عن الميت والحي ولكن
لا يحاط بمعرفته قال أصبغ ليس هذا بقول ولو عرف ذلك لم يوجب زنى ولا حداً وهو شبهة والولد
لاحق إلا أن يلاعن المطلق

(فصل) وقوله يشبه أن يكون منه ما دعت به يد أن ينسب ذلك اليه ويقول انه منه لأنها إذا لم تقل
انه منه ولم ينسبه اليه لم يحتج هو الى لعان الالني النسب لانها قد صدقته في القذف

(فصل) وقوله ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذي يشك فيه فلا يعرف انه منه يريد والله أعلم انه يأتي
من طول الزمان ما يزيد على أكثر أمداً خل على ما تقدم من الخلاف في ذلك فشك حينئذ أنه منه
شكا يمنع الحاقه به أولى من نفيه عنه وأما في مدة الحمل فهذا الشك معدوم بل الظاهر منعه لثبوت حق
الفراش له ص * قال مالك والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه يجزى مجزى الحر في ملاعنته غير
انه ليس على من قذف مملوكه حد * قال مالك والأمة المسلمة والحرمة النصرانية واليهودية تلاعن
الحر المسلم إذا تزوج أحداً من فأسابها وذلك ان الله تعالى يقول في كتابه والذين يرمون أزواجهم
فهن من الأزواج قال وعلى ذلك الأمر عندنا * ش قوله والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه لها
حكمه في ذلك حكم الحر وروى في العتبية أشهب عن مالك ان لعان العبد كالحر في الحرمة والأمة تشهد
أربع مرات وتغضب وان أ كذب نفسه جدد للحرمة أربعين ولا يحد للامة

(فصل) وقوله غير انه ليس على من قذف مملوكه حد يدسواء كان القاذف عبداً أو حراً فهذا
اللفظ وان كان بلفظ الاستثناء فعناه العطف على ماضى والتفسير له لانه لا يخرج من اللفظ
الأول مالولاه لدخل فيه وانما بين أن حكم العبد حكم الحر في قذف الأمة (مسئلة) وهذا حكم كل
من لا يحد قاذفها من الكتابيات فان الزوج لا يجب عليه الحد بقذفها فان قذفها برؤية كان له أن
يمسك عن اللعان فإذا أراد أن يلاعن لثلا يكون مما ادعاه من الوطء ولدي لحق به نسبه أولي لحق قوله
فله ذلك وكذلك ان نفى حملها فأنما يلاعن لينفى عن نفسه ذلك الحمل وان لم يلاعن فلا حد عليه فان
لاعن لزم الأمة أن تلاعن لتدفع عن نفسها الحد لانه قد حق عليها القذف بلعانه ويجب عليها الحد وأما
الكتابية فلا يلزمها ذلك بالتلعان الزوج ولها أن تلتعن لتدفع عن نفسها عار ما قد قذفت به وتقطع
عصمة الزوج عنها قال مطرف عن مالك إذا لاعن الزوج ردت الى أهل دينها ان نكحت عن اللعان
فان لم تلتعن فقد روى ابن سحنون عن أبيه مما على الزوجية فان التعت وقعت الفرقة

(فصل) والأمة المسلمة والحرمة واليهودية تلاعن الحر المسلم خص الأمة بالاسلام لانه لا يجوز أن
يتزوج المسلم أمة كتابية وأما الحرمة الكتابية فيجوز له ذلك ولذلك عدل عن ذكر الأمة الكتابية
الى ذكر الحرمة فلكل واحدة من هؤلاء أن تلاعن الحر المسلم إذا تزوج أحداً من فأسابها
ليست الاصابة شرطاً في صحة اللعان ولا وجوبه وقد قال مالك من تزوج امرأة فلم يبين بها ولم يخل
بها حتى أتت بولد فأنكره انه يلاعن إذا قالت انه يغشاها أو مكن ما قالت قال سحنون معناه أن يمكن

* قال مالك والعبد بمنزلة
الحر في قذفه ولعانه يجزى
مجزى الحر في ملاعنته
غير أنه ليس على من
قذف مملوكه حد * قال
مالك والأمة المسلمة
والحرمة النصرانية
واليهودية تلاعن الحر
المسلم إذا تزوج أحداً من
فأسابها وذلك أن الله
تبارك وتعالى يقول في
كتابه والذين يرمون
أزواجهم فهن من الأزواج
قال وعلى هذا الأمر عندنا

اتيانها اليها وأتت به لسته أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح ومن يوم امكانه اتيانها ووجه ذلك ان الفراش قد ثبت له بعقد النكاح فلا ينفى الولد الا باللعان

(فصل) وقوله وذلك ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن الأزواج تعلق بالعموم لان الزوجة الأمة والكتابية داخله تحت قوله تعالى يرمون أزواجهم فلما لم يفرق بين الحرية والأمة والمسلمة وغيرها حمل ذلك على كل زوجة الا ما خصه الدليل ولو أن الصغير يقذف زوجته الكبيرة برؤية زنى لم يكن عليه لعان لانه لو قذف أجنبية لم يحل لانها لو أتت بولد لم يلحق به فلا حاجة الى الملاعنة ص ﴿ قال مالك والعبد اذا تزوج الحرية المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرية النصرانية أو اليهودية لا عنها ﴾ ش قوله ان العبد اذا تزوج الأمة المسلمة أو الحرية النصرانية أو اليهودية لا عنها يريد أن لا يلاعن في جميعه لينفى عن نفسه حملها عليها أو ان قذف برؤية فليدفع عن نفسه النسب الذي تتوقعه مما ادعاه من الرؤية وأما في الحرية المسلمة فيحتاج الى ذلك أيضا ليدفع عن نفسه الحد الواجب عليه بقذفها ان لم يلاعن وأما في الأمة أو الكتابية الحرية فلا يلاعن الا لما ذكره من دفع النسب دون دفع الحد لانه لا حد عليه بقذفه ص ﴿ قال مالك في الرجل يلاعن امرأته فيزعم ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتن في الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما ﴾ ش قوله رحمه الله ان لا عن امرأته ثم نزع وأكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن في الخامسة جلد الحد ولم يفرق بينهما أو رد من المسئلة بعضها والمتفق عليه منها وهو انه اذا أكذب نفسه قبل الخامسة الواقعة منه فأنه ما على نكاحها ما وان كان هذا عنده حكم كذا به نفسه قبل أن تأتي هي بالخامسة وهذا المشهور من قول مالك وأصحابه وفي العتبية قال سحنون واذا لاعن الزوج من نفى حمل ونكحت عى وأخر رجها حتى تضع ثم أكذب الزوج نفسه قبل أن تضع وبعد أن نكحت فان لعانه قاطع له صمته ولا ميراث بينهما وترجم اذا وضعت وأنكر أبو بكر بن محمد هذه المسئلة وأما من رد الفعل لها فقال بعد يمين أو يمينين يريد من أيمانها وقبل أن تأتي هي بالخامسة فهو على ظاهر المذهب لان مذهب مالك انه اذا أكذب نفسه قبل تمام لعانها ان الزوجية باقية بينهما وانما تقع الفرقة وتتأبد بتمام لعانها وأما الحد فلا يختلف حكمه متى وقع تكذيبه نفسه وكذلك استحقاق الولد (مسئلة) وأما تكذيبه نفسه فانه على وجهين أحدهما أن يقول انه كاذب في قذفها على أى وجهه وقع والثاني أن يستلحق الولد فهذا يكون قريبا ان كان قذفه بنفى الولد وأما ان كان قذفه اياها بادعاء رؤية الزنى ولا عن على ذلك ثم أقر بالولد فقال محمد بن المواز لا يحد وكذلك لو لاعن على الرؤية وانكار الولد جاز وان كان على نفى الولد خاصة فانه يحد ويلحق الولد به وجهه من قاله فيمين لاعن على الرؤية ثم أقر بالولد انه ليس في اقراره بالولد تكذيب لما لاعن عليه ووجه قوله فيمين لاعن على الامر ين لا يحد انه اذا أكذب نفسه في نفى الولد بقى لعانه محلا للتصديق وهو رؤية الزنا فلا حد عليه حتى يكذب جميع ما لاعن عليه والله أعلم ولو لم يتقدم لعانه فادعى الرؤية ونفى الولد ثم أقر بالولد الحد والله أعلم ص ﴿ قال مالك في الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان أنكر زوجها حملها لا عنها ﴾ ش قوله رحمه الله فيمين طلق امرأته ثم نفى حملها انه يلاعن يريد ان المرأة اذا طلقها الزوج ثم أتت بولد لم يلده النساء لحق الزوج سواء أتت به في العدة أو بعدها الا ان ينفيه الزوج فيلاعن

(فصل) وقوله فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل خص الثلاثة الأشهر بذلك لأنها

* قال مالك والعبد اذا تزوج الحرية المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرية النصرانية أو اليهودية لا عنها * قال مالك في الرجل يلاعن امرأته فيزعم ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن في الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما * قال مالك في الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان أنكر زوجها حملها لا عنها

أول المدة التي تحبس المرأة فيها بالجل ولذا يختص بها حكم العدة دون ما قصر عن ذلك
 (فصل) وقوله اذا قالت المرأة اني حامل لاعن ان أنكر الحمل ظاهره يقتضي تعلق هذا الحكم
 بمجرد قولها دون ظهور الحمل ومعنى ذلك عندي انه ان أنكر حملها حين ادعت الحمل ثبت له حكم
 الانكار وكان له ان يلاعن اذا ظهر الحمل واذا ولدت على حسب ما تقدم من الاختلاف في ذلك وان
 لم تنف الحمل حين ادعائها اياه ثبت له حكم الاقرار به ولم يكن له ان يلاعن بعد ذلك لظهور رجل ولا
 لولادة ص * قال مالك في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشترها انه لا يطؤها وان ملكها
 وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتراجعا أبدا * ش قوله رحمه الله في الأمة المملوكة يلاعنها
 زوجها ثم يشترها انه لا يطؤها يريد ان كمال اللعان بينهما قد أبدت تحريم الوطء وما لا يستباح ووطؤه
 بالزوجة لا يستباح بمالك اليمين كذوات المحارم والنكاح أبلغ في اباحة الوطء من ملك اليمين لأن
 مقصود النكاح الوطء وليس مقصود الملك الوطء ولذلك لا يجوز له أن يتزوج من لا يستباح ووطؤها
 ولا يجوز له أن يبقى على زوجته المملوكة ولا يستباح ووطؤها من لا يستباح ووطؤها ويحوز له أن يملك
 التي قد لاعنها فاذا لم يستباح ووطء المملوكة بالنكاح الذي مقصوده الوطء فبان لا يستباح ذلك بمالك
 اليمين أولى وأحرى (مسألة) وقوله رحمه الله وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا
 لعله يريد بالسنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للمتلاعنين لا سبيل لك عليهما ويحتمل ان
 يريد ما مضى من العمل في ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى هلم جرا في كل زمان ومكان ان كل
 متلاعنين تثبت الفرقة بينهما ولا خلاف في ذلك مع بقاء الزوجة على قدفه وانما الخلاف بعد تكذيبه
 لنفسه وفي مسئلتنا يحتمل ان يريد مع بقاءه على حكم القذف ص * قال مالك اذا لاعن الرجل
 امرأته قبل ان يدخل بها فليس لها الا نصف الصداق * ش قوله رحمه الله ان من لاعن قبل البناء
 لا يخلو ان يكون له رؤية أو نفي حل فان كان له رؤية كان له ان يلاعن وان كان لنفي حل فان أتت به
 لأقل من ستة أشهر فلا شيء لها من الصداق ولا يحرم عليه نكاحها بالمتلاعن لأنها غير زوجة وان
 أتت به لستة أشهر لحق الا ان تلاعن وهل يلاعن قبل الولادة اختلف أصحابنا فيه على ما تقدم
 (فصل) وان قال الزوج تزوجت منذ خمسة أشهر وقالت هي تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر
 وبها حل فلا بد من اللعان قاله ابن القاسم وابن وهب ووجه ذلك انه لا يقطع بانه ليس من الزوج فلا
 ينفيه الا بلعان والله أعلم

(فصل) وقوله ان لها نصف الصداق على ما قال لأن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به
 صدقه كالأعسار بالنفقة وحكي الشيخ أبو القاسم في تفريعه انه لا شيء لها من الصداق ووجه ذلك
 أنه فسخ قبل البناء (مسألة) ولا سكنى لها ولا متعة لأن الفرقة وقعت قبل البناء وما تبعه من
 الوطء لا يوجب لها تكميل الصداق ولا السكنى مع انكار الزوج كالنصف الثاني من الصداق والله أعلم

* ميراث ولدا للملاعنة *

ص * مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير كان يقول في ولدا للملاعنة وولد الزنا انه اذا مات ورثت أمه
 حقها في كتاب الله واخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالى أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية
 ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان مابقي للسامين * قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار
 مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا * ش قوله رحمه الله ان ولدا للملاعنة

قال مالك في الأمة المملوكة
 يلاعنها زوجها ثم يشترها
 انه لا يطؤها وان ملكها
 وذلك أن السنة مضت
 أن المتلاعنين لا يتراجعا
 أبدا * قال مالك اذا لاعن
 الرجل امرأته قبل أن
 يدخل بها فليس لها الا
 نصف الصداق

* ميراث ولدا للملاعنة *
 * حدثني يحيى عن مالك
 انه بلغه ان عروة بن
 الزبير كان يقول في ولد
 الملاعنة وولد الزنا اذا
 مات ورثت أمه حقها في
 كتاب الله تعالى واخوته
 لأمه حقوقهم ويرث البقية
 موالى أمه ان كانت مولاة
 وان كانت عربية ورثت
 حقها وورث اخوته لأمه
 حقوقهم وكان مابقي
 للسامين قال مالك وبلغني
 عن سليمان بن يسار مثل
 ذلك وعلى ذلك أدركت
 أهل العلم ببلدنا

وولد الزنا نثر أمه واخوته لأمه حقوقهم منه وذلك انه لا يبطل نسبه من جهة أمه لأنه يحتاج في إلحاقه بها إلى عقد نكاح فلذلك لا ينتفى عنها بلعان ولا اقرار بزنا ولا بتحقيقه وانما ينتفى عن الأب لأنه لا يلحق به إلا بعقد نكاح أو ملك يمين فلذلك صح انتفاؤه منه وإذا كان أصل التوارث من جهة الأب لبطل كل ميراث بسببه ولم يثبت ميراث الأم مع اللعان والزنا ثبت كل ميراث بسببها

(فصل) وقوله رحمه الله في كتاب الله يقتضي أن عموم آيات التوارث يتناولهم من قوله تعالى فإن كان له أخوة فلائمه السدس وقوله تعالى وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث

(فصل) وقوله رحمه الله تعالى وورث البقية موالى أمه إن كانت مولاة وإن كانت عريضة فبيت مال المسلمين يريد أنها إذا كانت مولاة وورث بالولاء كل من تلده فوالى أمه موالى كل من تلده وإذا لم يكن من جهة الأم من يرث إلا الأم والأخوة للام ولا يحيطون بالميراث فالباقي موروث بالولاء وإن كانت عريضة فليبيت مال المسلمين لأنه ليس من جهة الأبوة من يستحق ما فضل عن الفروض ولا تورث بالولاء والله أعلم

﴿ طلاق البكر ﴾

﴿ طلاق البكر ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن محمد
ابن عبد الرحمن بن ثوبان
عن محمد بن إياس بن البكير
أنه قال طلق رجل امرأته
ثلاثا قبل أن يدخل بها
ثم بدله أن ينكحها فجاء
يستفتي فذهبت معه أسأل
له فسأل عبد الله بن عباس
وأباهريرة عن ذلك فقالا
لا نرى أن تنكحها حتى
تنكح زوجا غيرك قال
فإنما طلاق إياها واحدة
قال ابن عباس أنك أرسلت
من يدك ما كان لك من
فضل

ص * مالك عن ابن شهاب عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن إياس بن البكير أنه طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدله أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسأل له فسأل عبد الله بن عباس وأباهريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فأنما طلاق إياها واحدة فقال ابن عباس أنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل * ش قول أبي هريرة وابن عباس الذي طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك نصريح بوقوع الثلاث تطلب غنا على غير المدخول بها وعلى ذلك الصواب ومالك وجهه والفقهاء وقال طاوس وعمر بن دينار وعطاء بن وهب واحدة سواء وقع ذلك في لفظ واحد أو ألفاظ متتابعة والدليل على ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان وهذا عام في المدخول بها وغيرها ومن جهة المعنى أن كل من صح إيقاعه الطلقة الواحدة عليها صح أن يكمل لها الثلاث كالدخول بها

(فصل) وقول السائل إنما طلاق إياها واحدة يحتمل أن يريد بذلك إنما وقعها في دفعة واحدة وهو أن يقول لها أنت طالق ثلاثا فيجمع ذلك في لفظ واحد وقال إبراهيم النخعي إذا قال لها أنت طالق ثلاثا لم يمتها الثلاث وإذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق لم يمتها الواحدة دون الثنتين وروى ذلك عن ابن عباس وقال مالك تلزمه الثلاث إذا اتصل كلامه ولم ينفصل لأن كل كلام يصح الاستثناء منه فإنه يصح العطف عليه كطلاق المدخول بها (مسألة) فمن طلق ثلاثا قبل البناء ثم تزوجها وهو يرى ذلك حلالا فإنه يفرق بينهما ولها المهر كاملا إن كان دخل بها قاله الزهري والشعبي وهو قول مالك وقال النخعي لها مهر ونصف وجه القول الأول أن النكاح الفاسد أضعف من النكاح الصحيح فإذا لم يجب بالمسييس في النكاح الصحيح إلا مهر واحد فكذلك في الفاسد ولو أن الوطء في النكاح الفاسد مستند إلى العقد فلم يجب فيه إلا ما لا يجب بالعقد الآن يريد إبراهيم أن له في العقد الثاني الذي يعقبه الطلاق ونصف الصداق وله في العقد الثاني صداق كامل بما أفرد به الدخول فهو كلام صحيح

عياش الأنصاري عن عطاء بن يسار أنه قال جاء رجل يسأل عبدالله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسه قال عطاء فقلت إنما طلاق البكر واحدة فقال عبدالله بن عمرو بن العاصي إنما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره * وحدثني

عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبدالله بن الأشج أنه أخبره عن معاوية بن أبي عياش الأنصاري أنه كان جالسا مع عبدالله بن الزبير وعاصم ابن عمر بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن إياس ابن البكر فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فإذا تريان فقال عبدالله بن الزبير ان هذا الأمر مالنافية قول فاذهب إلى عبدالله بن عباس وأبي هريرة فاني تركتهما عند عائشة فسلهما ثم اتنا فاخبرنا فذهب فسلهما فقال ابن عباس لأبي هريرة أفته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش قول عبدالله بن الزبير ان هذا الأمر مالنافية قول اقرار منه بالحق وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه وان كان من أهل العلم وهذا مما يجب أن يلزمه كل ذي دين أن يقول اذا سئل عما لا يعلم لا أعلم وقد قال ابن عباس اذا أخطأ العالم لأدري أصيبت مقاتله وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأبا هريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود إليه فيخبره بقولهما ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له طريق النظر ويعينه عليه .

وهو مقتضى قول مالك والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبدالله بن الأشج عن النعمان بن أبي عياش الأنصاري عن عطاء بن يسار أنه قال جاء رجل يسأل عبدالله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسه قال عطاء فقلت إنما طلاق البكر واحدة فقال عبدالله بن عمرو بن العاصي إنما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره * ش قول عطاء للسائل وقد طلق ثلاثا إنما طلاق البكر واحدة يحتمل أحد وجهين اما أن يريد به انه لا يجوز أن يطلق الا واحدة أو انه لا يصح أن يلحقها الاطلقت واحدة ولا يحمل على نفي الجواز والاباحة لان ذلك حكم المدخول بها مع ان جواب عبدالله بن عمرو يمنع من ذلك فلم يبق الا أن يريد به أنه لا تلحقها الاطلقت واحدة وان أوقع الزوج عليها أكثر من ذلك وهو المعلوم من قول عطاء وقد تقدم ذكره ولذلك قال له عبدالله بن عمرو إنما أنت قاص بمعنى انك ممن لا يفتي في هذه المسئلة ولا يعرف حكمها وان رتبك أن تقص على الناس دون أن تنفي ثم أظهر ما عنده من حكم المسئلة مما يخالف قول عطاء فقال له ان الطلقة الواحدة تبينها يريد من الزوج فلا رجعة له عليها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وهذا يقتضي ان الثلاث تقع عليها ولذلك لا يحل نكاحها الا بعد زوج وان حكم من طلق ثلاثا عندي غير حكم من طلق عليه واحدة ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبدالله بن الأشج أنه أخبره عن معاوية بن أبي عياش الأنصاري أنه كان جالسا مع عبدالله بن الزبير وعاصم بن عمرو بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن إياس بن البكر فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فإذا تريان فقال عبدالله بن الزبير ان هذا الأمر مالنافية قول فاذهب إلى عبدالله بن عباس وأبي هريرة فاني تركتهما عند عائشة فسلهما ثم اتنا فاخبرنا فذهب فسلهما فقال ابن عباس لأبي هريرة أفته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش قول عبدالله بن الزبير ان هذا الأمر مالنافية قول اقرار منه بالحق وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه وان كان من أهل العلم وهذا مما يجب أن يلزمه كل ذي دين أن يقول اذا سئل عما لا يعلم لا أعلم وقد قال ابن عباس اذا أخطأ العالم لأدري أصيبت مقاتله وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأبا هريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود إليه فيخبره بقولهما ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له طريق النظر ويعينه عليه .

(فصل) وقول ابن عباس لأبي هريرة أفته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة اخبر عن خفاء المسئلة عليه وتعدر الوصول إلى وجه الصواب فيها يقال أعضل الأمر اذا أعيا وجه تناوله فقدم أبا هريرة في الفتوى بعد أن أخبره بتعذر تبينها ومعرفة وجه الصواب رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود إليه فيخبره بقولهما ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له ذلك طريق النظر ويعينه عليه .

والثلاثة تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

زيتها يا أباهريرة أو نورتها أو كلة تشبهها يعني أنه أصاب ص * قال مالك والثيب إذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجرى مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره * ش قوله رحمه الله أن الثيب كالبكر في ذلك واضح لأن الحكم لا يتعلق ببكرتها وإنما يتعلق بأنها غير مدخول بها فإذا لم يدخل بها زوجها فحكمها في الواحدة حكم البكر والله أعلم

* طلاق المريض *

ص * مالك عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبته وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها * ش قوله أن طلحة بن عبد الله بن عوف كان أعلمهم بذلك يريد أنه كان أعلمهم بحكم هذه القضية وما جرى فيها لعبد الرحمن بن عوف من صفة الطلاق ولعثمان بن عفان من الحكم من سائر الرواة لذلك

(فصل) وقوله أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبته وهو مريض يريد أن طلاقها إذا كان ألبته في حجة مل أنه كان يرى إباحة ذلك أو يحتمل أنه طلقها واحدة في آخر ثلاث تطليقات فكانت تلك الطلقة بنة لأنها تبين عنه وان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورثها منه * وفي ذلك بابان * أحدهما في صفة المرض وما يلحق به من المعاني التي تجرى مجراها في بقاء حكم الميراث * والباب الثاني في حكم طلاق المريض

(الباب الأول في صفة المرض الذي به يبقى حكم ميراث المطلقة)

قال مالك في كتاب محمد بن كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج وان كان جذاما أو برصا أو فالج فإنه يجب فيه عن ماله وان طلق فيه زوجته ورثته وليس للقوة وارث والرمد كذلك إذا صح البدن وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح قال محمد ولم يختلف مالك وأصحابه في الزاحف في الصفاته كالمرض في الطلاق وغيره فاما من نالته شدة في البحر فلم ير ابن القاسم كالمرض وأراه رواه عن مالك وقال أشبه هو كالمرض ووجه القول أن المخافة من شدة البحر لم تنع عن ولا وجب سبب العطب لأن العطب إنما يكون بانكسار المركب فهو بمنزلة الزاحف في القتال فأنما هو البحر فهو بمنزلة المخافة في موضع مخوف لم ير بعد والوقوف في العسكر مع معاينة العدو دون مباشرة حرب ولا بقرب منه ووجه القول الثاني أنه في حالة مخافة على نفسه يتكرر منها الهلاك فلم تمنع صحة جسمه من أن يكون حكم المريض في ماله كالزاحف

(الباب الثاني في حكم طلاق المريض)

من طلق امرأته في مرضه ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها وبعد أن تزوجت غيره إذا اتصل مرضه إلى أن توفي خلافا للشافعي في قوله أن المبتوتة في المرض لا يرث والدليل على ما نقوله أن القاضي أبا محمد قال أنه إجماع الصحابة ولأن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم ولا يخالف لهم في ذلك إلا ما يروى عن عبيد الله بن الزبير وسند كره بعده هذا إن شاء الله ومن جهة المعنى أنها فرقة في حال منع تصرفه فيها من غير الثلث فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت ولأن التهمة تأثير في الميراث بدليل منع القاتل الميراث (مسألة) فان طلقها بنشوز منها أولعان أو خلع فان حكم الميراث باق

* قال مالك والثيب إذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجرى مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره

* طلاق المريض * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبته وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها

لها خلافا لأبي حنيفة لان عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سأله الطلاق ومن جهة المعنى ان الاذن لا يسقط في ميراث الوارث كما لو أذن الابن لأبيه في اخراجه من الميراث فان ارتد في مرضه ثم راجع الاسلام مات من مرضه ذلك لم يرثه لان بارتداده انفسخ النكاح بينهما ورجوعه الى الاسلام ليس برجعة (مسئلة) ولو أقر في مرضه انه طلق البتة في صحته لم يصدق وورثته امرأته اذا أنكرت ذلك ووجه ذلك عندى انه يدعى ما يسقط ميراثها ولا يقبل ذلك منه في حاله ليس له اخراجها من جملة الورثة (مسئلة) ولومات فشهد الشهود ان الزوج كان طلقها البتة في صحته فقد جعله ابن القاسم كالطلاق في المرض لان الطلاق انما يقع يوم الحكم ولو وقع يوم القول لكان فيه هذا الحد اذا أنكر الطلاق وأقر بالوطء (مسئلة) ومن طلق في صحته طلاقا ثم مرض فاردفها في صحته ثانية ثم مات فلها الميراث في العدة لانها تبني على عدتها من الطلاق الاول ولو ارجع من الأول انفسخت العدة ثم ان طلقها بعد ذلك في المرض كان لهذا الطلاق حكمه فورثته وان مات بعد انقضاء العدة قال معناه ابن المواز (مسئلة) ولو طلق زوجة نصرانية أو أمة في مرضه ثم أسلمت النصرانية واعتقت الأمة بعد العدة ومات بعد ذلك من مرضه ذلك ورثته رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون لا يرثانه ولا ينهم في ذلك وكذلك لو طلقها البتة الا أن يطلق واحدة وتموت في العدة بعد ان أسلمت هذه وعتقت هذه فترثانه وجه قول ابن القاسم انه مات وحرمتها واحدة بعد ان طلق في المرض فنبت الميراث للمرأة كما لو كانت مسامة حين الطلاق ووجه قول ابن القاسم ما احتج به لانها لم تكن وارثة حين طلقها فلم يقتض بطلانها اياها اخراجها من الميراث (مسئلة) من حلف ليقضين فلانا حقه فرض الخالف ثم حنث في مرضه ومات منه قال أبو حنيفة والشافعي لا يرثه وقال المغيرة ان كان بين الملك فلم يقضه فامر أنه يرثه كالطلاق في المرض وان كان عديما فطرأ له مال لم يعلم به حتى مات فقد حنث ولا يرثه وقال سحنون عن أبيه لا أعرف هذا ولا أراه وقال أصحابنا انها يرثه بكل حال لانه طلاق وقع في المرض وجه قول المغيرة انه لم يكن له مال علم به فلم يقصد طلاقها ولا اخراجها من الميراث فلذلك لم يرثه ووجه ما قال سحنون ما احتج به من مراعاة وقت الطلاق لا وقت ايقاعه والله أعلم (مسئلة) ولو كان الحنث من سبها مثل أن يحلف وهو صحيح بطلاقها ان دخلت الدار فدخلتها وهو مريض قاصدة الى طلاقه فهي طالق ولا ميراث لها رواه زياد بن جعفر عن مالك والمشهور من مذهب أصحابنا انها يرثه وجه القولين ما تقدم ذكره ص **م** مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج ان عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض **م** ش قوله ورث نساء ابن مكمل منه يريد والله أعلم عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن مكمل المدني الأعشى وكان طلقهن وهو مريض يريد المرض الذي توفي فيه ولا يعلم من هذا الحديث هل توفي بعد انقضاء عدتها أو قبل ذلك وان كان قد روى عبد الرحمن بن هرم عن ان نساءه كن ثلثا احداهن جويرية بنت فارط وانه طلق اثنتين منهم في فالج أصابه ثم مكث بعد طلاقه اياها سنين وانها ورثته وان كان منهم من لم يدخل بها فطلقها وهو مريض أو من انقضت عدتها وتزوجت بعد انقضاء عدتها وذلك كله سواء عند مالك ترثه على كل حال خلافا لأبي حنيفة في قوله لا يرث المطلقة قبل الدخول ولا بعد العدة ودليلنا على ذلك انها مطلقة في المرض فورثته مع سلامة الحال كما لو مات في العدة ص **م** مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني ان امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال اذا حضت ثم طهرت فاذنيي فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فاما طهرت آذنته

* وحدثني عن مالك عن
عبد الله بن الفضل عن
الأعرج أن عثمان بن عفان
ورث نساء ابن مكمل منه
وكان طلقهن وهو مريض
* وحدثني عن مالك أنه
سمع ربيعة بن أبي عبد
الرحمن يقول بلغني أن
امرأة عبد الرحمن بن
عوف سألته أن يطلقها
فقال إذا حضت ثم طهرت
فأذنيني فلم تعض جتي
مرض عبد الرحمن بن
عوف فلما طهرت آذنته

فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها * ش قول عبد الرحمن بن عوف لما سأله امرأته الطلاق اذا حضت ثم طهرت فأتى ذنبي مراعاة لسنة الطلاق لانه قد كان أصابها في ذلك الطهر وسنة الطلاق أن يطلق في طهر لم يمسه فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه ويقال ان هذه المرأة هي تماضر بنت الأصبع أم سلمة بن عبد الرحمن بن عوف فلم تبلغ الوقت الذي رسمه لها حتى مرض عبد الرحمن بن عوف مرضه الذي توفي فيه فلما آذنته بذلك طلقها طلاقا بائنا ما انه جمع الثلاث ان كان يرى اباحة ذلك أو طلق آخر طلاقه بقيت له فيها وقد فسر ذلك الراوي

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه يقتضي ان عثمان رضي الله عنه ورث نساء المطلق في المرض وان كان سبب الطلاق من فعلهن لان هذه الزوجة هي سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ورغبته وقدورثها عثمان مع ذلك وقد جعل أهل العلم فعل عثمان في ذلك أصلا لانه امام حكم في قضية رجل مشهور أحد العشرة ومثل هذا ينتشر قضاؤه به في الأمصار وينقل الى الآفاق فلم ينحصل عن أحد من الصحابة ولا غيرهم في ذلك خلاف فثبت انه اجماع منهم على تصويبه

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها يريد والله أعلم وقدمات بعد انقضاء عدتها لان وقت الحكم لها بالميراث لا تعتبر فيه العدة وانما تعتبر في الوفاة التي استحق بها الميراث واذا كانت بائنا منه ورثها مع ذلك فلا فرق بين أن يتوفى في العدة أو غيرها لانها ليست ترث مطلقة بائنا متوفى في عدة فحكمها وحكم التي قد انقضت عدتها في ذلك سواء * ص مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان قال كانت عند جدى حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الهاشمية وأنصارية فطلق الهاشمية وأنصارية وهي ترضع فثرت بهاسنة ثم هلك ولم تحض فقالت أنا أرثه ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاخترتهما الى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني على بن أبي طالب رضي الله عنه * مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه * ش قوله فطلق الأنصارية وهي ترضع فتوفى فأنقضت سنة ولم تحض يريد والله أعلم ان الأنصارية لم تحض لاجل الرضاع حتى توفي زوجها وذلك ان ارتفاع حيض المطلقة يكون لسبب معروف ولغير سبب معروف فأما ما كان لسبب معروف فكالرضاع والمرض فان تأخر للرضاع فانها لا تعتد الا بالافراء طال الوقت أو قصر وقد اخرج القاضي أبو محمد في ذلك بالاجماع قال فان حبان ابن منقذ طلق امرأته وهي ترضع فكثت نحو سنة لا تحيض لاجل الرضاع ثم مرض نخاف أن ترثه ان مات نخافها الى عثمان وعنده على وزيد بن ثابت فقال لهما ما ترى فقالا ترى انها ترثه لانها ليست من القواعد الثلاثي يثنى من الحيض ولا من الثلاثي يحضن فهي عنده على حيضها ما كان لم يمنعها الا الرضاع فانتزع حبان ابنه فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثت منه واعتدت عدة الوفاة قال القاضي أبو محمد فاجمعوا ان التأخير بالرضاع لا يسوغ الاعتداد بغير الحيض وعللوا ذلك بأنها ليست ممن لم يحض ولا ممن يثنى من الحيض ومن جهة المعنى أن العادة المستقرة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبا واذا لم يكن ريبا وجب انتظار زواله والاعتبار بالحيض اذهى ممن تحيض

(فصل) وقوله هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا أراد تطيب نفسها بان ما حكم به ولا مت عليه لم يحكم به الا بعد مشاورة العلماء وان ابن عمها على بن أبي طالب الذي لا تشك هي في اشفاقه عليها

فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن

ابن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان قال كانت عند جدى حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فثرت بهاسنة ثم هلك عنها ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاخترتهما الى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني على بن أبي طالب * وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه

وارادته الخير لها هو ممن أفتى بذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فله نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وإن دخل بها ثم طلقها فله المهر كله والميراث ﴾ قال مالك البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴿ ش قوله في غير المدخول بها يطلقها زوجها وهو مريض إن لها نصف الصداق وبه قال مالك وعليه جماعة الفقهاء ابن شهاب وعمر بن عبد العزيز والنخعي وغيرهم وقال الحسن البصري لها الصداق كاملاً والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقه قبل البناء بها فلم يكن لها الصداق كاملاً كما لو طلق في الصحة

(فصل) وقوله ولها الميراث روي نحو ذلك عن عطاء لها نصف الصداق والميراث خلافاً للزهري وعمر ابن عبد العزيز ووجه ذلك أنه مطلق في المرض أي لم يطلق في لكان لها الميراث فلم يكن لها إسقاط ميراثها بالطلاق كالذي دخل بها (فرق) والفرق بين تكميل الصداق والميراث أن الصداق عوض في معاوضته ونصفه يجب بالعقد فليس له إسقاطه ونصفه يجب بالدخول أو بالموت على حكم الزوجية وله إبطال ذلك بالطلاق وأما الميراث فهو قد تعين لها بعوضه تستحق استيفاءه بعد موته فلم يكن لها إسقاطه

(فصل) وقوله ولا عدة عليها خلافاً للحسن في قوله لها الصداق والميراث وعليها عدة وجه قول مالك إنها مطلقه لم يربن بها فلم تكن عليها عدة كما لو طلقها في الصحة لأن الطلاق في المرض انما يؤثر في الميراث دون العدة ولذلك لو طلقها حال المرض فتوفي بعد انقضاء عدتها أو كان طلاقه بائناً لم تنقل إلى عدة الوفاة وكان لها الميراث

﴿ ما جاء في متعة الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فتمتع بوليده ﴾ ﴿ ش قوله طلق امرأة له فتمتع بوليده يريد أعطاء أياها بأثر طلاقه أي إذا قال الله تعالى وللطلقات متاع بالمعروف واختلف العلماء في المتعة فذهب مالك إلى أنها ليست مما يجبر عليها المطلق ولا يحكم بها عليه قال مالك أنها لحق على الزوج ولا يقضى بها عليه ويعرضه السلطان عليها ولا تنحاص الغرما بها وهي لكل مطلقة لا ترد شيئاً مما أخذت وهي على المولى إذا طلق عليه قاله ابن المواز لأنه طلاق سلم من نهاية المقابحة وارتجاع شيء من الزوجة فأما من ترد شيئاً مما أخذت فكيف يزاد عليه وكذلك المنارقة عن مقابحة كالملاعة فلا متعة لها قال الشيخ أبو اسحق لأن المتعة تسلية عن الفراق والملاعة لا يريد تسلية من لاعن من الزوجات (مسألة) والتي لم يسم لها الصداق إذا دخل بها لها المتعة كالتي سمى لها ودخل بها والصداق لأنه لا ينزع منها شيء ولا فارقته عن نهاية مقابحة فكان لها المتعة كالتي سمى لها ودخل بها (مسألة) فإن طلقها بعد البناء بها ثم راجعها قبل أن يتمتعها فلا متعة لها قاله ابن وهب وأشهب لأن المتعة تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم والله أعلم وقد قال ربيعة إنما المتعة لمن لا رد له عليها يريد لمن لا رجعة له عليها والتي له عليها رجعة فلم ترجع حتى انقضت العدة فقد صارت في حكم من لا رجعة له عليها وذكروا فضل بن مسامة نحو هذا وهذا يقتضي أن وقت المتعة من الطلاق الرجعي إذا انقضت وقت الرجعة وسبب البينونة (مسألة) وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء أو بعده فلا متعة فيها ووجه ذلك أنها التي اختارت الفراق فلا تسلي عن المشقة التي تلحق بها ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

﴿ قال مالك وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فله نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وإن دخل بها ثم طلقها فله المهر كله والميراث البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴾ ﴿ ما جاء في متعة الطلاق ﴾ ﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فتمتع بوليده ﴾ ﴿ وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

ثمس فحسبها نصف ما فرض لها * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة * قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك قال مالك ليس للمتعة عندنا (٨٩)

﴿ ما جاء في طلاق العبد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن أبي الزناد عن سليمان

ابن يسار أن نفيها مكاتبا

كان لأمة سلمة زوج النبي

صلى الله عليه وسلم أو عبدا

لها كانت تحته امرأة

حرة فطلقها ثنتين ثم

أراد أن يراجعها فأمره

أزواج النبي صلى الله عليه

وسلم أن يأتي عثمان بن عفان

فيسأله عن ذلك فلقبه عند

الدرج آخذا بيد زيد

ابن ثابت فسألهما فابتدراه

جميعا فقالا حرمت عليك

حرمت عليك * وحدثني

عن مالك عن ابن شهاب

عن سعيد بن المسيب أن

نفيها مكاتبا كان لام

سلمة زوج النبي صلى الله

عليه وسلم طلق امرأة

حرة تطليقتين فاستفتي

عثمان بن عفان فقال حرمت

عليك * وحدثني عن

مالك عن عبد ربه بن

سعيد عن محمد بن إبراهيم

ابن الحارث التيمي أن نفيها

مكاتبا كان لأمة سلمة

زوج النبي صلى الله عليه

وسلم استفتي زيد بن ثابت

فقال اني طلق امرأة

حرة تطليقتين فقال زيد

ثمس فحسبها نصف ما فرض لها * مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك * ش قد تقدم ذكرنا من يؤمر بالمتعة وقد قال القاسم بن محمد لا متعة في نكاح مفسوخ ولا فيما يدخله الفسخ بعد مدة العقد مثل ملك أحد الزوجين صاحبه وأصل ذلك قوله تعالى وللطلقات متاع بالمعروف فكان هذا الحكم مختصا بالطلاق دون الفسخ ومن جهة المعنى انه أمر غلبا عليه وليس من قبل الزوج فيسلبها بالمتعة (مسئلة) وان جهل المتعة حتى مضت أعوام فليرجع ذلك اليها ان تزوجت أو الى ورثتها ان ماتت رواه ابن المواز عن ابن القاسم قال أصبغ لاشئ عليه ان ماتت وجه قول ابن القاسم أنه حق ثبت لها فينتقل عنها الى ورثتها كسائر الحقوق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه لا عوض له وانما هو تسليمة من الطلاق وقد فات ذلك ص * قال مالك ليس للمتعة عندنا حدثنا معروف في قليلها ولا كثيرها * ش ونداعلى ما قال مالك رحمه الله انه لا حد في جنسها ولا قدرها قال مالك وعنى على قدر الرجل والمرأة لقول الله تعالى ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وروى ابن وهب عن ابن عباس انه قال أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة

﴿ ما جاء في طلاق العبد ﴾

ص * مالك عن أبي الزناد عن سليمان بن يسار أن نفيها مكاتبا كان لأمة سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كانت تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقبه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان نفيها مكاتبا كان لأمة سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأة حرة تطليقتين فاستفتي عثمان بن عفان فقال حرمت عليك * مالك عن عبد ربه بن سعيد عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي ان نفيها مكاتبا كان لأمة سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم استفتي زيد بن ثابت فقال اني طلق امرأة حرة تطليقتين فقال زيد بن ثابت حرمت عليك * ش قول عثمان بن عفان وزيد بن ثابت لنفيها وقد طلق زوجته تطليقتين حرمت عليك يقتضي ان معنى التحريم استيفاء عدد الطلاق والمنع من الارتجاع الى الزوجية وهذا يقتضي ان قول القائل لزوجته أنت على حرام يقتضي ايقاع الثلاث وتضمن الحديث ان العبد لا يملك الا تطليقتين وان كانت حرة ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان * ش قول عبد الله بن عمر هذا يقتضي ما قدمناه من أن معنى التحريم استيفاء الطلاق والمنع من استئناف زوجية الأبعد زوج وهو لاء أهل اللغة العربية الذين نزل القرآن بلسانهم وطريق هذا اللغة فيجب أن يرجع الى ما قاله من ذلك وأن يحمل قول الرجل لزوجته أنت على حرام على هذا ومذهب عبد الله بن عمر في أن الاعتبار في الطلاق بحال الزوج في الحرية والرق في الاعتبار في العدة بحال الزوجية وهو مذهب مالك رحمه

(١٢ - منتقى - بع) ابن ثابت حرمت عليك * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان

الله وسياً في ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولا بن عمر في ذلك قول آخر وهو ان المراه في الطلاق
رق أحد الزوجين وبه أخذ أبو ثور والله أعلم ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول من
أذن لعبده أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شيء فاما أن يأخذ الرجل أمة غلامه
أو أمة وليدته فلا جناح عليه * ش قوله رضى الله عنه ان من أذن لعبده في النكاح فالطلاق
بيد العبد يريد ان السيد لا يملك أن يفرق بينه وبين زوجته ولا يوقع عليها طلاقاً ولا يمنع العبد من
ابقاع ذلك وان كان له منعه من النكاح وبهذا قال جمهور الصحابة وعمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف
وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر فقهاء الحجاز والعراق وروى عن جابر بن عبد الله وعبد
الله بن عباس ان الطلاق بيد السيد وقال غيرهما ان كان السيد زوجه فالطلاق بيد العبد وان كان
اشتراه مزر وجاهه أن يفرق بينهما والدليل على ما نقوله ان السيد لما أذن له في النكاح فقد أذن
له في أن يملك سائر أحكامه كما ملكه الاستمتاع
(فصل) وقوله وله أن ينتزع أمة عند عبده قد استمتع بها كماله أن ينتزع أمة وليدته لان للسيد أن
ينتزع مال عبده وامائه

* نفقة الأمة اذا طلقت وهي حامل *

ص * قال يحيى قال مالك ليس على حر ولا على عبد طلقاً مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقاً
نفقة وان كانت حاملاً اذا لم يكن له عليها رجعة * قال مالك وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند
قوم آخرين ولا على عبد أن ينفق من ماله على ما يملك سيده الا باذن سيده * ش قوله رحمه الله
لا تجب النفقة على عبد ولا على حر طلقاً مملوكة يريد والله أعلم الطلاق البائن فلان نفقة لها وان كانت
حاملاً لان ابنها رقيق لسيدها فالنفقة تلزمه دون الزوج المطلق وبهذا قال الشافعي وجمهور الفقهاء
وروى عن الحسن والحكم أن النفقة على الزوج الحري طلاق الأمة وهي حامل ووجه القول الأول ان
هذه نفقة تجب بسبب الولد وهو عبد فلم يلزم إياه أصل ذلك نفقة بعد الانفصال من الرضاع وغيره
وأما ان كان الطلاق رجعياً فحكمها حكم الزوجة في النفقة بعد ان شاء الله تعالى
(فصل) وأما العبد يطلق الحرة حاملاً فلان نفقة عليه لان نفقة الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن
وليس للعبد أن ينفق ماله لسيده فيه حق الانتزاع والمنع من التصرف في ابنه وهو حر كماله
ذلك بعد الولادة

(فصل) وقوله وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين يريد ليس عليه رضاع ابنه
وكذلك ليس عليه نفقته وأجمع العلماء على هذا من يقول بالنفقة على الحامل ومن لا يقول بذلك
ووجهه ان العبد نفقته على سيده دون ابنه وغيره وهذا عند مولى الأم فكانت نفقته ومؤنته عليه

* عدة التي تفقد زوجها *

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقدت
زوجها فلم تدركها ففاتها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل * ش قوله
رضي الله عنه أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدركها ففاتها تنتظر أربع سنين لم يعتبر بما أقامت قبل
أن ترفع اليه ولو أقامت عشرين سنة والمفقود الذي ذهبت فيه الى عمر بن الخطاب هو الذي يغيب عن

* وحدثني عن مالك عن
نافع ان عبد الله بن عمر
كان يقول من أذن لعبده
أن ينكح فالطلاق بيد
العبد ليس بيد غيره من
طلاقه شيء فاما أن يأخذ
الرجل أمة غلامه أو أمة
وليدته فلا جناح عليه
* نفقة الأمة اذا طلقت
وهي حامل *

* قال مالك ليس على حر
ولا على عبد طلقاً مملوكة ولا
على عبد طلق حرة طلاقاً
بائناً نفقة وان كانت حاملاً
اذا لم يكن له عليها رجعة
* قال مالك وليس على
حر أن يسترضع ابنه وهو
عند قوم آخرين ولا على
عبد أن ينفق من ماله على
ما يملك سيده الا باذن سيده
* عدة التي تفقد زوجها *

* حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
سعيد بن المسيب أن عمر
ابن الخطاب قال أيما امرأة
فقدت زوجها لم تدركها
ففاتها تنتظر أربع
سنين ثم تعتد أربعة أشهر
وعشراً ثم تحل

امر أنه بحيث لا يعلم من بلاد المسلمين ولم يفقد في معركة فيغلب على الظن هلاكها فيها فهذا اذا
 رفعت امر أنه أمرها الى السلطان قال عيسى عن ابن القاسم المفقود على ثلاثة أوجه مفقود
 لا يدري موضعه فهذا يكشف الامام عن أمره ثم يضرب له الأجل أربع سنين ومفقود في صف
 المسلمين في قتال العدو فهذا لا تنكح زوجته أبدا وتوقف هي وماله حتى ينقضي تعبيره ومفقود في
 قتال المسلمين بينهم لا يضرب له أجل ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده فالمفقود الذي ذكره ابن القاسم
 أولا هو الذي يسأل أهله عن وجهه مغيبه وجهة سفره وعن وقت انقطاع خبره ثم يسأل ويبحث عن
 خبره وروى ابن القاسم عن مالك ويكتب الى ذلك الموضع في الكشف عن أمره فان لم يوقف له
 على خبر استأنف لها ضرب أجل أربع سنين فان جاء في المدة أو جاء خبر حياته فهي على الزوجية
 وان لم يأت ولم يسمع له خبر حتى انقضت المدة اعتدت عدة الوفاة فان جاء في العدة فهي على الزوجية
 وان انقطع وانقضت العدة قبل مجيئه أو مجي علم بحياته فقد حلت للزوج وانما قلنا ان الامام يضرب
 لها أجلا بعد البحث عن امر الذي به يعلم انقطاع خبره لما ذكره القاضي أبو محمد ان ذلك اجماع
 الصحابة لانه مروي عن عمرو عثمان قال وروى مثله عن علي وجاعة من التابعين ولم يعلم لهم في عصر
 الصحابة مخالف فثبت أنه اجماع ومن جهة المعنى أن المرأة لها حق في الزوج ولو كان حاضر الفرق
 بينهما بالعنة ومغيب عينه أشد من العنة فان ثبت لها الفرق به أولى وهذا الذي ذكره أبو محمد في
 المسئلة والذي روى عن علي ذلك رواه عنه خلاص وفي روايته عنه ضعف وروى عنه انه قال هي
 امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو فراق وهي أسانيد غير متصلة وما اتصل منها فليس بقوي
 وهي مع ذلك تحتمل التأويل وروى مثل قول عمرو عثمان عن ابن عمرو بن عباس واتفق عليه أهل
 المدينة وبه قال مالك وأحمد بن حنبل وابن راهويه وقال أبو حنيفة والشافعي هي زوجة الأول والله
 أعلم (مسئلة) وانما يقدر الأجل بأربعة أعوام لان الناس بين بقائين قائل يقول لا يضرب لها أجل
 وقائل يقول يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فن قال انه يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فقد
 خالف الاجماع ومن جهة المعنى ان الأغلب من حال هذه المدة انه يسمع فيها خبر من كان حيا في بلاد
 المسلمين مع البحث والسؤال عنه ومكاتبته الجهة التي غاب اليها بأمره وقد قال ابن الماجشون
 لا يضرب له الأجل الا الامام الأعظم فان ضرب الأجل من يوم رفعت الأمر اليه وجهل ذلك لم يأتنف
 ضرب الأجل ولكنه يحسبه من يوم ثبت عنده بعد الفحص عنه (مسئلة) وحكم الامام بأربع سنين
 حكم للزوجة عليه بذلك فاذا انقضت الأربع سنين كان لها أن تعتد دون اذن الامام قاله ابن القاسم
 في المدونة وعدتها لانه انما يحكم بموته في حقها فاذا انقضت عدتها حلت للزوج قال القاضي أبو محمد
 ولا يحتاج بعد انقضاء عدتها الى اذن الامام في تزويجها قال لان اذنه قد حصل بضرب الأجل
 (مسئلة) وان كان له نساء فرفعت احدها عن أمره الى الامام وأبى سائرهن فضرب للقائمة الأجل
 بعد البحث قال يحيى بن عمر بلغني أن ابن القاسم سئل عنها فتفكر ثم قال أرى ضرب الأجل للمرأة
 الواحدة ضربا لجميعهن فاذا انقضى الأجل تزوجن ان أحبين (مسئلة) وهل على امرأة
 المفقود اعداد في العدة قال مالك وابن نافع عليها الاحداد وقال ابن الماجشون لا اعداد عليها وجه
 قول مالك انها عدة من وفاة أنه انما يحكم بكونه ميتا لأن الظاهر انه لو كان حيا لسمع خبره ووجه
 قول عبد الملك انها فرقة يحتمل بها طلقه فلم يجب في العدة اعداد كطلاق الحاضر (مسئلة)
 وحكم الزوجة التي لم يدخل بها زوجها اذا قد حكم المدخول بها في الأجل والعدة وختلف في صداقها

فقال مالك لها جميعه وقال ابن دينار لها نصفه قال القاضي أبو محمد وجه قولنا لها جميع الصداق أن أمره ينزل على الوفاة وذلك يوجب لها جميع الصداق وقولنا لها نصف الصداق وانها فرقة تحسب طلاقا كالطلاق وقد قال غيرهما من أصحابنا إن كان دفعه اليها لم ينزع منها وإن لم تكن قبضته لم تعط الانصفه (فرع) فإذا قلنا لها جميع الصداق فقد قال مالك ما كان منه معجلا عجل وما كان مؤجلا بقي إلى أجله وقال عبد الملك يعجل لها نصفه ويؤخر لها نصفه حتى يموت بالتعمير فتأخذه وروى ابن سحنون عن أبيه يعجل لها جميع الصداق ووجه تأجيل البعض أن الفرقة مراعاة لا بدري أو وفاة هي أم طلاق فيوقف لها نصف الصداق حتى يثبت حكم الطلاق بدخول الزوج الثاني أو بعقده على اختلاف أصحابنا في ذلك فسقط نصف الصداق في ذلك لأنها طلاق إلا أن يأتي الخبر أنه توفي قبل ذلك فيكون لها ذلك النصف وهو الذي ذهب إليه سحنون وأما من يقول أنه يبقى إلى أجله فلأن حكمه باق في ماله على ما كان عليه من الحياة فلا تحل ديونه وقد روى عن أصبغ أنه يقضي دينه من ماله حل دينه أولم يحل ويوقف ميراثه إلى أقصى عمره ووجه قول عبد الملك أنه لما قضى بموته في حقها كان أقل ما يجب لها نصف الصداق إن كان طلاقا فعجل ذلك وانما تستحق الباقي بوفاة فتبقى حتى يحكم بها وأراه يريد ما لم تزوج فيحكم بالطلاق على ما ذكره سحنون والله أعلم (فرع) فإذا قضى لزوجته بجميع الصداق ثم قدم قال الشيخ أبو محمد يريد وقد تزوجت فقدر روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ترد نصفه ثم رجع فقال لا ترد شيئا كالميت والمعتز بعد التلوم عليه (مسألة) وينفق على امرأة المفقود وعلى أولاده الصغار الذين لا مال لهم من ماله في مدة الأربع سنين وينفق في مدة العدة من ماله على ولده الصغار دون الزوجة المعتدة قاله ابن القاسم ووجه ذلك أن التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويته وللتوفي زوجها نفقة العدة (فرع) فإن أنفق عليها في أربع سنين ثم جاء الخبر أنه قد مات قبل ذلك ردت ما أخذت من النفقة من يوم توفي الزوج وكذلك ولده فيما أنفق عليهم

(فصل) وأما الضرب الثاني من المفقودين وهم من فقد في قتال المشركين فقدر روى عيسى عن ابن القاسم أن زوجته لا تزوج أبدا توقف هي وماله حتى يأتي عليه من العمر ما لا يحيا إلى مثله وقال مالك إنما يضرب الأجل للمفقود في أرض الإسلام لا ببلد الكفر ولو علم بموضع الأسير ببلد الكفر ثم انقطع خبره لم يقض فيه بفراق ولا أجل وروى أشهب عن مالك في العتية فمين فقديين الصفيين في أرض العدو وأرض الإسلام فلتتربص امرأته سنة من يوم ينظر في أمره السلطان ويضرب له الأجل ثم تعتد وقال أصبغ في كتاب ابن المواز في فقيد المعتك إذا كان ببلد بعيد كإريقية أو بلاد العدو فهو كالمفقود (فرع) فإذا قلنا يعمر فقدر روى عن مالك أشهب يعمر سبعين سنة وروى ابن كنانة في المجموع أن مالكا قال في أن مات الأولاد وأوصى أن ينفق عليهن حياتهن بتعمير بمائتي سنة وقال ابن المواز التعمير في المفقود وغيره من السبعين إلى المائة قال عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وتوجيه ذلك كله يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى (فرع) فإذا قلنا بتعمير السبعين فإن ذلك لمن فارق قبل السبعين فإن غاب ابن سبعين فقدر روى أشهب عن مالك يعمر ثمانين فإن غاب ابن ثمانين عمر تسعين فإن غاب ابن تسعين عمر مائة ويعمل في كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد

(فصل) وأما الضرب الثالث من المفقودين في فتن المسلمين فقدر روى عيسى عن ابن القاسم

لا يضرب له أجل ويتاوم الامام لزوجه بقدر انصراف من انصرف وانهم لم يمتنعوا وجته وتزوج
الآن يكون فطر ابيها عن بلده كافر يقيه أو نحوها فانها تنتظر سنة ونحوها قال في كتاب محمد تعتد
وقال في العتبية ويقسم ماله قال سحنون ان ثبت حضوره في المعتك بالعدول وان لم يشهد بموته
وتعتد زوجته من يوم المعتك فان كان انما رآوه خارجا من العسكر ليس في المعتك فهو كالمفقود
يضرب له أجل المفقود وقال ابن حبيب ان فقد في معتك المسلمين في بعد فلتتربص امرأته سنة ثم
تعتد ويؤخر ميراثه الى التعمير قال أصبح الآن تكون المعركة في موضعه فلاتتربص أكثر من
العدة ويقسم ميراثه وقد قال أشهب عن مالك فبين فقد بين الصفيين تربص امرأته سنة ثم تعتد وقال
ابن القاسم العدة داخله في السنة ثم رجع فقال هي بعد السنة عدة الوفاة ووجه ذلك الحكم بالظاهر
انه اذا كان في موضعه فالظاهر انه اذا فقد في المعتك انه مقتول لأنه لو سلم لعاد الى موضعه وان كان
بموضع بعيد لضرب له أجل سنة لأن الظاهر انه لو سلم لسمع خبره في السنة وفرق بين حرب المسلمين
وحرب العدو على رواية عيسى ان العدو ذو أسير فينقطع خبره مع حياته ولذلك من فقد في بلاد
الحرب لم يضرب له أجل المفقود ومن فقد في بلاد المسلمين ضرب له أجل المفقود لأن الظاهر ان
كل من كان في بلاد المسلمين مطلق الدواعي متمكن من المكتبة والمراسلة وتتصل أخباره من بلد
مقامه الى بلد أهله بخلاف من كان في بلاد الحرب والله أعلم ص * قال مالك وان تزوجت بعد انقضاء
عدتها فدخل بها فلها سبيل لزوجه الأول اليها قال مالك وذلك الامر عندنا * ش
اختلف قول مالك في زوجه المفقود تعتد ثم تزوج فيقدم المفقود قبل أن يبنى بها الثاني فقال في
الموطأ لأسبيل للأول اليها واختاره المغيرة وروى عنه انه قال الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني
رواه ابن القاسم عنه واختاره وقال محمد الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني بها خلوه توجب العدة فلا
شي للأول ص * وان أدركها زوجها قبل أن تزوج فهو أحق بها قال مالك وأدركت الناس
ينكرون الذي قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخبر زوجها الأول اذا جاء في صداقها
أو في امرأته * ش وهذا كما قال انه لا خلاف انه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثاني عليها وانما الخلاف
في فواتها بالعقد

(فصل) وقوله أدركت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخبر
زوجها الأول اذا جاء في صداقها أو في امرأته يحتمل وجهين أحدهما انهم ينكرون هذا القول مع
صحته عن عمر ولكنهم لا يرونه ولا يعملون به وذلك ان من بنى بامرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل
له الى المهر غير أن هذا لا يؤثر فيما ذكره شيوخنا من الاجماع لأن الاجماع حصل في أن يضرب لها أجل
وتعتد ثم يستبج النكاح ولو لم يصح ذلك كله لم يخبر الزوج الآن والوجه الثاني انهم ينكرون الرواية
وهذا قدر واه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن المسور أن عمر وعثمان قضيا في المفقود ان
امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشر ابعده ذلك ثم تزوج فان جاء زوجها الأول خير بين
امرأته وبين الصداق قال الزهري يغرمه الزوج وقال معمر تغرمه المرأة وهذه الرواية على ما فيها من
الارسال فلا يمتنع أن تنكر على روايتها فان معمر اقرى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه
وهم في كثير منها وقد تنكر الرواية على الثقة اذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ والله أعلم
(مسألة) واذا دخل بها الثاني في نكاح فاسد يفسخ بغير طلاق فالأول أحق بها وان كان يفسخ
بطلاق كنكاح المرأة بغير إذن الولي ونكاح العبد بغير إذن سيده فلا سبيل للأول اليها ويجب أن

قال مالك وان تزوجت بعد
انقضاء عدتها فدخل بها
زوجها أول لم يدخل بها فلا
سبيل لزوجه الأول اليها
* قال مالك وذلك الأمر
عندنا وان أدركها زوجها
قبل أن تزوج فهو أحق
بها * قال مالك وأدركت
الناس ينكرون الذي
قاله بعض الناس على عمر
ابن الخطاب أنه قال يخبر
زوجها الأول اذا جاء في
صداقها أو في امرأته

يعتبر في ذلك ما يفسخ بعد البناء دون ما لا يفسخ والله أعلم (فرع) واذا فانت على الأول بعقد الثاني عليها أو بنائه بها احتسب الأول فرقة تطليقة وذلك أن الفرقة في حياة الزوج لا تكون إلا لفساد في العقد أو فساد يطرأ عليه أو طلاق ولم يوجد ما يوجب الفسخ فكان طلاقاً صريحاً قال مالك وبلغني أن عمر بن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم يراجعها فلا تبليغها رجعتها وقد بلغها طلاقه إياها فترجعت أنها ان دخل بها زوجها الآخر ولم يدخل بها فلا يسيل لزوجها الأول الذي كان يطلقها إليها قال مالك وهذا أحب ما سمعت إلى في هذا وفي المفقود * ش وهذا يختلف فيه أيضاً فقد قال محمد بن القاسم ثم إن مالكاً وقف قبل موته بعام أو نحوه في امرأة المطلق فقال زوجها الأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني وأما المنع لها زوجها فانه ترجع للأول وإن ولدت من الثاني أولاداً والفرق بين المنع لها زوجها وبين هذين أن المنع لها زوجها لم يكن ذلك من قبل الزوج ولا حكم إمام بصحة فعلها فلذلك لم تنف على زوجها وأما المفقود فان فرقتها بحكم إمام واجتهاده والمطلق الذي كتم رجسته سبب ذلك من قبله والله أعلم (مسألة) ولو كانت الزوجة أمة فلم تعلم بالرجعة حتى وطئها سيدها فان ذلك يفيتها على زوجها لان وطئ السيد بمنزلة وطئ الزوج في تنفويتها على المفقود والذي خفيت رجعته رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله رحمه الله وهذا أحسن ما سمعت في هذا يقتضي أنه قد سمع خلاف هذا ولعله أراد به ما روى أن أبا ذر طلق امرأته ثم خرج مسافراً وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة ولا علم لها بذلك حتى تزوجت فسأل عمر عن ذلك فقال ان دخل بها فهي امرأته والافهي امرأتك ويحتمل أن يكون مالك أشار إلى هذا والله أعلم

* ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض *

أما الأقراء فذلك وأهل الحجاز يقولون هي الاطهار وقال أبو اسحق الأقراء والقروء واحد ما قرء مثل فرع وهو قول عائشة وابن عمر وهما من أهل اللغة وأنشدوا قول الأعشى
مورثة مجدا وفي الأصل رفعة * بمضاع فيها من قروء نسائك
والذي مضاع هنا الاطهار قال بعض أهل اللغة والقروء معناه الجمع ولذلك ما قرأت الناقسة سلاقط أي لم يضم زوجها جنينا قط وأنشدوا عمرو بن كلثوم

تريك اذا دخلت على خلاء * وقد أمنت عيون الكاشحين
ذراعي عيطل ادماء بكر * هجان اللون لم تقرأ جنينا

وهذا يدل على أن القروء الطهر لانه فيه يكون الجمع وأما وقت الحيضة فليس بوقت جمع وإنما هو وقت اراقة ودفق ولذلك يقال قرأت الماء في الخوض اذا جمعت فيه ولا يقال ذلك في وقت اراقة له والارسال والله أعلم ومنه ذهب أهل الكوفة أن القروء الحيض يقال أقراء وقروء وقال الأصمعي القروء الحيض يقال أقراء المرأة اذا حاضت وقاله الكسائي والفراء وقال الأخفش أقراءت المرأة اذا حاضت وأنشدوا

يارب ذي صنن على فارض له * قروء كقروء الحائض

وهذا يَحْتَمَلُ أن يريد به الوقت وقال أبو اسحق هذا بالوقت أشبه وقال أبو عبيدة القريء يصلح للطهر

* قال مالك وبلغني أن عمر
ابن الخطاب قال في المرأة
يطلقها زوجها وهو غائب
عنها ثم يراجعها فلا تبليغها
رجعتها وقد بلغها طلاقه إياها
فترجعت أنه اذا دخل بها
زوجها الآخر ولم يدخل
بها فلا يسيل لزوجها الأول
الذي كان يطلقها إليها قال
مالك وهذا أحب ما سمعت
إلى في هذا وفي المفقود
* ما جاء في الأقراء وعدة
الطلاق وطلاق الحائض *

والحيض وبه قال أبو اسحق الزجاج واليه ذهب القاضي أبو اسحق غير انه قال وهو في الطهر أظهر ومع ذلك فانه اذا احتمل المعنيين وجدناه مستعملا في الشرع في الطهر قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في هذا الوقت كما يقول الرجل وكتب لغرة الشهر يريد في هذا الوقت ولا خلاف انه انما يؤمر بالطلاق وقت الطهر فيجب أن يكون هو المعتبر به في العدة فانه قال تعالى فطلقوهن لعدتهن يعني وقتا تعتد به ثم قال تعالى وأحصوا العدة يريد ما تعتد به المرأة المطلقة وهو الطهر الذي تطلق فيه وقال النبي صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم لم يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وذلك بقية ضي أن زمان الطهر هو الذي يسمى عدة وهو الذي يطلق فيه النساء ولا خلاف أن من طلق في حال الحيض لم يعتد بذلك الحيض ومن طلق في حال طهر فانه اعتد عندنا بذلك الطهر فكان ذلك أولى قال القاضي أبو اسحاق ولأن الإقراء انما شرعت للعلم ببراءة الرحم أو تغلب على الظن براءته فاذا حاضت حيضة كانت من العلامة على براءة الرحم فاذا حاضت الثانية والثالثة تأكد ما يراد من براءة الرحم فحلت للزواج ولم تنتظر بقية الحيض لأن آخر الحيض أضعف من أوله فلا معنى لمراقبته يدل على ذلك أن من وطئ أمته وأراد بيعها جاز له ذلك بدخولها في الحيضة ولم يكن عليه أن يمنع من ذلك حتى تطهر وقال أبو عمرو بن العلاء القراء الوقت وهو يصلح للطهر والحيض ويقال هذا قارى الرياح أى وقت هبوبها وهذا القول يقرب من قول من قال انه يقع على الأمرين وقال المتأخرون من أصحابنا أن القراء هو الخروج من طهر إلى حيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي عبيدة ما يقرب من ذلك وقال هو خروج من شئ إلى شئ فخرجت من طهر إلى حيض أو من حيض إلى طهر

(فصل) الطلاق الشرعي هو من فرقة الزوجة يقال طلقت المرأة وحكى طلقت والمرأة طالق وزعم بعض أهل اللغة أن الهاء سقطت من طالق لانه لاحظ التذكير فيه وأنكر ذلك غيره من أهل اللغة وقال أن مثل هذا في لغة العرب كثير مما يشترك فيه المؤنث والمذكر يقال بعير ضامر وناقه ضامر وشاغل وزعم سيبويه انه وقع على لفظ التذكير صفة للمؤنث وذلك بمعنى النسب نحو قولهم امرأة مذكار ورجل مذكار يريدون ذات ذكور وكذلك امرأة طالق يريدون ذات طلاق فاذا أجريته على الفعل قلت طالق قال الأعشى

أيا جارتى بينى فانك طالق * كذاك أمور الناس غاد وطارق

ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فامسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعدوان شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء * ش قوله أن عمر طلق امرأته وهي حائض يحتمل أن يثبت ذلك باقرارهما أو ببينة تشهد بذلك من النساء فان أقرت المرأة انها حائض وأنكر ذلك الزوج قال ابن سمعون عن أبيه هي مصدقة ولا تكشف ولا ينظر اليها النساء ويجبر الزوج على الرجعة وجه ذلك أن هذا حكم من أحكام الحيض فكانت المرأة مصدقة فيه كإنقضاء العدة وروى أصبغ عن ابن القاسم فبين طلق فقالت طلقني في الحيض فقال بل طلقتك وأنت طاهر القول قوله ومعنى ذلك أن تقوله بعدم طهرت وأما اذا قالت قبل أن تقر بالطهر فالقول قولها على ما تقدم قال وقد قيل إن القول قوله

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فامسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعدوان شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء

(فصل) سؤال عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن طلاق ابنه عبد الله امرأته في حال حيضها لما ظهر اليه من منع ذلك أو لما سمع من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك من المنع ولم يسمع منه حكم ما يلزم من فعل ذلك ووقع منه وقد قال مالك وأصحابه لا يجوز لأحد أن يطلق امرأة في دم حيض ولادم نفاس لما ذكر في آخر الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وهذا يقتضي منع الطلاق في غير ذلك (مسئلة) ولا يجوز له أن يصالح امرأته في الحيض قاله ابن القاسم وأشهب وأما الطلاق الذي يكون بغلبة من السلطان فيمن به جنون أو جذام أو غنة أو لعدم النفقة فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب لا تطلق عليه في دم ولا حيض ولا نفاس والأمة تعتق في الحيض لا ينبغي أن تختار حتى تطهر فإن فعلت مضى وأما المولى فروى أشهب لا تطلق عليه حال الحيض وروى ابن القاسم عن مالك تطلق عليه وجه الرواية الأولى ما احتج به مالك قال وكيف أطلق عليه وأجبره على الرجعة ووجه القول الثاني أن الطلاق حق للزوج فوجب عليه لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر إلى قوله وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم والارتجاع بعد ذلك حق لله تعالى فيجب أن يقضى بالحقين ويتقدم في كتاب الطلاق لزوم ما بوقع من الطلاق حين الحيض وبالله التوفيق (مسئلة) وإذا رأت الحائض القصة البيضاء فلا يطلقها زوجها حتى تغتسل ووجه ذلك أن هذه حالة هي ممنوعة فيها من الصلاة ووطء الحائض لا حل الحيض فوجب أن يمنع الطلاق أصل ذلك مادامت هي ناضا فإذا وضعت الحامل ولدا وبقي في بطنها آخر فطلقها الزوج فقد قال الشيخ أبو عمران إن قلنا تطلق الحامل حال الحيض لم يجبر هذا على الرجعة وإن قلنا بقول محمد في المستحاضة تميز فطلق حل الحيض يجبر على الرجعة فيجبري الأمر في هذه على ثلاث (مسئلة) وإذا انقطع الدم عن المرأة فطلقها زوجها ثم عاودها بالقرب أجبر الزوج على الرجعة قاله أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن ووجه ذلك ما فيه من تطويل العدة إذ قد ظهر أنه مطلق في وقت يضاف ما بعده من الدم إلى ما قبله فتعد ذلك كله حيضة واحدة كالذي طلق حال الحيض * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي أنه لا يجبر على الرجعة لأنه لا يقع الطلاق في وقت يجوز إيقاعه فيه ويصح صومه ووطء الزوج فيه كما لو أوتعه حل طهر كامل وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين والله أعلم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الزوج أن يطلق الصغيرة واليائسة أي وقت شاء ولا يوصف طلاقها بأنه للسنة ولا للبدعة لأن حالها واحدة ليست لهما حالان فيختص إيقاع الطلاق باحدهما وإنما جميع تلك الحال وقت للعدة فكانت وقتا للطلاق (مسئلة) وأما غير المدخول بها ففي طلاقها حل الحيض روايتان أحدهما ما روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه قال لا بأس بذلك ونهى عنه أشهب ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أنه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة كطلاق الطاهر ووجه قول أشهب أنه طلاق حائض فتعلق به المنع كطلاق المدخول بها وقد قال الشيخ أبو عمران منع أشهب إنما هو على الكراهية فإذا قلنا أن ذلك ممنوع فإن طلاقها يتنوع إلى السنة والبدعة من جهة الوقت على ما تقدم وإن قلنا أن ذلك مباح فلا يوصف بشئ من ذلك فقد قال القاضي أبو محمد في الحامل أنه يخرج طلاقها حال حيضها على ما تقدم ووجدت للقاضي أبي الحسن أن ذلك ممنوع وللشيخ أبي عمران أن ذلك مباح وتوجيه القول فيه على ما تقدم (مسئلة) فأما المستحاضة فعلى ضربين مستحاضة لا تميز ومستحاضة تميز فأما التي لا تميز فحكمها حكم الصغيرة واليائسة قال ابن شهاب تطلق المستحاضة إذا طهرت للصلاة قال فجعل ذلك طهرا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي

انه أراد التي تميز ويحتمل أن يريد المستحاضة التي تميز والتي لا تميز فيكون طهر التي تميز لاغتسال من الحيض ويكون طهر التي لا تميز الوضوء للصلاة لاسبابها على قول من قال من أصحابنا ان دم الاستحاضة حدث فيه تأثير في منع الطلاق لانه من جنس الحيض الذي يمنعه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها طاهر هذا الأمر وجوبه على عمر رضي الله عنه الأمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك له ويحتمل أن يكون قدمه للحكم بذلك على ابن عمر بالارتجاع ويقتضى أمر عمر لابنه عن أمر النبي صلى الله عليه وسلم ولزومه له وان كان أمر عمر بذلك بمعنى لتقدم ليحكم عليه فقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها الحكم عليه بذلك وذلك لازم لكل من طلق امرأته في حال حيضها أن يراجعها اذا كان له عليها رجعة فان لم يكن له عليها رجعة لان الطلاق بائن يخلع أو استيفاء عدد الطلاق أو طلق عليه من جنون أو جذام أو عنة أو اعسار بنفقة فأما العنين فلا رجعة له بوجهه لانه طلق قبل الدخول وأما غيره فزوال موجب الطلاق مثل أن يفيق المجنون أو بوسر المعسر أو يخف الجذام الى حال لو كان عليها لم تطلق عليه فقد قال ابن المواز لكل واحد منهم الرجعة قال محمد ومن طلق منهم حائضا أجبرتني الرجعة خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يؤمر بها ولا يجبر. ووجه ذلك ما تقدم من الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ومن جهة المعنى انه مضار بتطويل العدة فنع من ذلك وأجبر على الرجعة (فرع) فان أمر بالرجعة فامتنع منها ففي كتاب محمد بن المواز عن ابن القاسم وأشهب يهدسوا ابتداء الطلاق أو حنث فان أبي يسجنه الحالك فان فعل والاضرب بالسوط ويكون ذلك قريبا في موضع واحد فان تمادى ألزمه الحالك الرجعة وكانت الرجعة ووجه ذلك أن امتناعه من الرجعة وبقائه على حكم الطلاق معصية فلا بد أن يجترأ على الإفلاع عنها والخروج منها والالزم ما يجب من ذلك (مسألة) فان غفل عنه حتى طهرت فعل به أيضا قال ابن القاسم ما لم يخرج من تلك العدة وقال أشهب ما لم تطهر من تلك الحيضة ثم تطهر فلا يجبر وجه القول الاول ان هذه مدة من العدة فاجبر المطلق على ارتجاعها أصل ذلك الطهر الاول وزمن الحيض وقال ابن المواز قول ابن القاسم أحب إلينا لانها رجعة وجبت ووجه قول أشهب ما احتج به انه لو ارتجع لجاز له أن يطلق الآن فلا يجبر الآن على الرجعة لانقضاء الوقت المنهي عن الطلاق فيه وفي هذا الظاهر أباح النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر أن يطلق بعد أن يرتجع فلا معنى لجبره فيه على الارتجاع (فرع) فان أجبر على الرجعة ولم ينوها فقد قال بعض البغداديين من أصحابنا ليس له أن يستمتع بها فوق الأزار منها حال حيضها ولو نوى الرجعة جاز له ذلك ورأيت للشيخ أبي عمران هي رجعة صحيحة وله الوطء كالمزوج هازلا يلزمه النكاح وله الوطء (مسألة) ولولم يجبر في الحيض الأول على الارتجاع فلما طهرت طلقها ثانية قبل أن يراجع قال ابن القاسم يجبر على الرجعة ووجه ذلك ان الرجعة واجبة عليه بالطلاق الاول في الحيض فلا يسقط عنه ذلك بما زاد من الطلقة الثانية ما بقيت له فيها رجعة (مسألة) وان أجبر على الارتجاع فارتجع فلما طهرت طلقها ثانية قال ابن القاسم بثس ما صنع ولا أجبره على الرجعة وجه كراهية طلاقه ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع ثم يمسك حتى تطهر ثم تحيض وهذا عام في إيقاع الطلاق في الطهر الاول وانما لم يجبر على الارتجاع لانه ليس في هذا الطلاق تطويل للعدة فلم يتعلق به حق للزوجة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق وان

شاء أمسك قال شيوخنا البغداديون معنى ذلك أن يمسكها في الطهر ليعتد بها من الوطء إن شاء لان مقصود النكاح المبتدأ والرجعة الوطء فلذلك شرع له أن يمسكها في طهر يكون له فيه الوطء إن شاء لئلا يكون ارتجاعه لغير مقصود النكاح فيكون على معنى الاضرار قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا تعتدوا وقال تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا فشرط ارادة الإصلاح في الرجعة والله تعالى أعلم أن يكون على سنة النكاح ومقتضاه ومقصوده ولنظ الرجعة يدل على وقوع الطلاق ولو لم يقع الطلاق لقال مره فلا يمسكها كذا روى الحديث نافع عن ابن عمر وهو أثبت الناس فيه وكذلك رواه سالم عن أبيه من رواية ابن شهاب عنه وابن شهاب أثبت من يروى عنه وتابعهم على ذلك جماعة ورواه يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وغيرهم عن ابن عمر وقالوا فيه فليراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق بعدوان شاء أمسك وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم عن ابن عمر وزاد فيه ثم إن شاء طلقها طاهرا قبل أن يمس أو حاملا وعلى كل حال فالزيادة من العدل مقبولة لا سيما مثل هذا وقد تابعه عليه جماعة سالم وعلقمة وعطاء الخراساني وروا الزيادة عن ابن عمر والنظر يعضده الرواية وبه قال مالك والشافعي وذهب أبو حنيفة إلى أنه يراجعها وإذا طهرت كان له أن يطلقها والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما تقدم من الأثر والنظر والله أعلم

(فصل) وقوله إن شاء أمسكها وإن شاء طلق قبل أن يمس يقتضى أنه يوقع الطلاق في طهر لم يمس فيه لما في الطلاق في طهر قدمس فيه من الالباس في العدة لأنها لا تدرى أعتد بالاقراء أو بالحل والله أعلم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فتلک العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء معناه والله أعلم أن يطلق زوجته في طهر لم يمس فيه ولا يعتد بحيضا طلق فيه وذلك إن من تزوج امرأة جاز له أن يطلقها بعد ذلك في طهر لم يمس فيه والذي طلق في الحيض إذا ارتجع لو أبيح له الطلاق في الطهر الأول لاقتضى ذلك أن يطلق في طهر مس فيه أو يكون ارتجاعه بمضى نكاح لا ية كن فيه من الوطء وذلك محذور فلذلك منع من الطلاق في أول طهر ليسلم من ذلك (مسألة) إذا ثبت ذلك فانه يعتد عليه بالطلاق الذي يوقعه في الحيض رجعيًا كان أو بائنا قال القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد خلافا لمن لا يعتد بخلافهم وهم هشام بن عبد الحكم وابن عيسى وداود والدليل على ما نقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان إلى قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال ولم يفرق بين أن يكون الطلاق في حال حيض أو طهر ولا يخلو أن يريد بذلك تعالى أن الزوج يملك إيقاع هذا المقدار من الطلاق ولم يخص حال دون حال فوجب أن يعمل على عمومهم وهم يقولون أنه لا يملك إيقاعه أو يريد به أن وقع هذا العدد من الطلاق لزمه فيجب أن يعمل أيضا على عمومهم ودليلنا من جهة السنة أن عبد الله بن عمر قال طلق امرأتى وهى حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتغيظ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلق فيها فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا من حيضتها قبل أن يمسه قال والطلاق للعدة كما أمر الله عز وجل قال وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها فراجعها عبد الله بن عمر كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القاضي أبو محمد في الحديث أدلة أحدهما أنه قال صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها قال وهذا لا يستعمل غالبيا في النكاح إلا بالطلاق الذي يعتد به ووجه آخر وهو أنه قال فحسبت من طلاقها والذي كان يحتسب به في

ذلك الزمان انما كان النبي صلى الله عليه وسلم وقد شوور في المسئلة وأفتى فيها بما امتثل فبحال أن يعتد بها عبد الله طليقة من غير أمره صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة القياس انه اذا زالة ملك مبني على التغليب والسراية فوجب أن ينفذ في حال الطهر والحيض كالعتق * واستدلال في المسئلة وهو أن ايقاع الطلاق والزامة تغليظ ومنعه تخفيف بدليل انه لا يلزم المجنون والصبي والنائم والمغمى عليه لانهم غير عصاة ويلزم السكران لانه عاص فاذا ثبت انه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به فبأن يلزم من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت أبي بكر بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكرت ذلك لعمره بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار فالذي عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا يريد قول عائشة رضي الله عنها * ش قوله ان عائشة رضي الله عنها انتقلت حفصة حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة يقتضى انها تعتقد ان قضاء عدها واستبراء ما كان لزمها من المقام بسببها وهذا مبني على ما قاله شيوخنا من أن الاقراء هي الاطهار لانه لا خلاف ان المطلقة المدخول بها مع السلامة تعتد ثلاثة قروء لقول الله تعالى والمطلقات يربصن بأنفسهن ثلاثة قروء فذهب عائشة وأكثروا علماء المدينة ان الاقراء هي الاطهار وية قال مالك والشافعي وقد احتج مالك لذلك بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن فانما تطلق في طهر تعتد به ويحتج لذلك بحديث ابن عمر إذا أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يطلق للطهر ثم قال صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء غير أن آخر الطهر يجزى عن جميعه وتحقيق ذلك ان القراء الخروج من الطهر الى الحيض فاذا رأيت الدم من الحيضة الثالثة فقد كملت لها ثلاثة اقراء وانقضت عدها وكان لها أن تنتقل من موضع اعتدادها وقاله أشهب

(فصل) وقول عمره وقد جادلها في ذلك أناس يقتضى ان المجادلة مباحة عند الصحابة بل هي مأمور بها اذا كانت على وجهها من القصد الى الحق وطلب حقيقة الحكم فان عائشة رضي الله عنها قد أثبت ذلك مع جماعة من الناس وشاع ذلك واشتهر ولم ينكر ذلك أحد عليها فثبت انه اجماع

(فصل) وقولهم ان الله يقدر في كتابه والمطلقات يربصن بأنفسهن ثلاثة قروء على معنى المنع لها من انتقال المعتدة بأول الحيضة الثالثة فجاء بهم عائشة بأن التعلق بالآية صحيح غير أن تأويلها على غير ما ظننتم وذلك انكم تظنون ان الاقراء هي الحيض وانما الاقراء الاطهار وقد قال بعض أصحابنا ان اسم القراء يقع على الطهر والحيض الا أنه في الطهر أظهر فلي هذا يجب حمله على الطهر من وجهين أحدهما أنه فيه أظهر فوجب أن يحمل على ظاهره ولا يعدل عنه بالبدليل والوجه الثاني ان الحكم الثاني اذا علق في الشرع على اسم يتناول معنيين تعلق بأولها وجودا فاذا كان الطلاق في زمن الطهر فأول الاقراء الاطهار فيجب أن يتعلق الحكم بها

(فصل) وقول عائشة لمن جادلها في ذلك أتدرون ما الاقراء وانما الاقراء الاطهار ان كانت قالت ذلك لمن ليس من أهل اللغة فواضح لانها أعلمتهم بمقتضاه في اللغة وان كانت قالت ذلك لمن هو من أهل اللسان والعلم باللغة في العربية فيحمل أن تكون الاقراء واقعة في الطهر على الحيض فأعلمتهم

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكرت ذلك لعمره بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا يريد قول عائشة

وحدثني عن مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن (١٠٠) سليمان بن يسار أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم

أن المراد به في الشرع الطهر ويحتمل أن يكون بعض العرب يريد به الطهر وبعضهم يريد به الحيض فأعلمتهم أنه في لغة قريش الطهر وان جملة على مقتضاه في لغة قريش أولى لأن القرآن نزل بلغتهم والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا يريدانه لم يدرك أحدا من فقهاء المدينة الا وهو يقول ان الاقراء هي الاطهار وهو قول أهل المدينة وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وهم من أهل اللغة فيرجع الى قولهم وقدرى عن عمر وعلي بن أبي طالب وأبي موسى وعبد الله ان القراء الحيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي بكر الأثرم ان أحمد بن حنبل كان يذهب الى ذلك ثم رجع عنه وقال رأيت حديث عمر وعبد الله يختلف في اسناده الأعمش ومنصور الحاكم وحديث ابن المسيب عن علي ليس هو عندي سماعا وهو مرسل أرسله سعيد عن علي وحديث الحسن عن أبي موسى منقطع لان الحسن لم يجتمع معه والأحاديث عن قال الاقراء هي الاطهار قوية صحيحة فراجع أحمد الى هذا ص * مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن سليمان بن يسار ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان يطلقها فكتب معاوية بن أبي سفيان الى زيد بن ثابت يسئله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها ولا ترثه ولا يرثها * مالك انه بلغه ان القاسم ابن محمد وسالم بن عبد الله وأبا بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر انه كان يقول اذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها قال مالك وهو الأمر عندنا * مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهدي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانوا يقولون اذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * ش وقوله ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وكان طلقها يقتضى على مذهب مالك انه طلقها في حال صحته ولو طلقها في المرض الذي توفي منه لورثته على ما تقدم

(فصل) وقوله فكتب معاوية بن أبي سفيان في ذلك الى زيد بن ثابت على ما جرت به عادة الأمراء أو الحكماء من مشاورة أهل العلم واستدعاء فتاوى أهل المدينة فيما أشكل من المسائل بالآفاق

(فصل) وقول زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها يريدانه انقضى ما كان بينهما من أحكام العدة من الارتجاع والنفقة والسكنى والتوارث والمنع من تزوج غيره ص * مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون ان عدة المختلعة ثلاثة قروء * مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت * ش قولهم ان عدة المطلقة ثلاثة قروء يريدون التي تعد بالاقراء ولا خلاف في ذلك لنص القرآن وهو قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولفظ يتربصن وان كان لفظه لفظ الخبر فان المراد به الأمر فان خبر الباري تعالى لا يكون بخلاف خبره ونحن نرى من المطلقات من لا تربص ثلاثة قروء فدل ذلك على أنه على الأمر

(فصل) وقول ابن شهاب عدة المطلقة ثلاثة قروء وان تباعدت يريدان بعد ما بين القرأين لا يمنع

من الحيضة الثالثة وقد كان يطلقها فكتب معاوية ابن أبي سفيان الى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها ولا ترثه ولا يرثها * وحدثني عن مالك انه بلغه عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبي بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر انه كان يقول اذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها قال مالك وهو الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهدي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانوا يقولون اذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * وحدثني عن مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن

يسار انهم كانوا يقولون ان عدة المختلعة ثلاثة قروء * وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن رجل من الأنصار (١٠١) ان امرأته سألته الطلاق فقال اذا حضت فأفّ ذنبي

فلما حضت أفّ ذنته فقال
اذا طهرت فأفّ ذنبي فلما
طهرت أفّ ذنته فطلقها
* قال مالك وهذا أحسن
ما سمعت في ذلك

* ما جاء في عدة المرأة في
بيتها اذا طلقت فيه *

* حدثني يحيى عن مالك

عن يحيى بن سعيد عن

القاسم بن محمد وسليمان بن

يسار انه سمعهم ما يدكران

أن يحيى بن سعيد بن

العاصي طلق ابنة عبد

الرحمن بن الحكم البتة

فانتقلها عبد الرحمن بن

الحكم فأرسلت عائشة أم

المؤمنين الى مروان بن

الحكم وهو يومئذ أمير

المدينة فقالت اتق الله

واردد المرأة الى بيتها فقال

مروان في حديث سليمان

ان عبد الرحمن غلبني وقال

مروان في حديث القاسم

أوما بلغه شأن فاطمة بنت

قيس فقالت عائشة لا

يضرك أن لا تذكر

حديث فاطمة فقال مروان

ان كان بك الشر فحسبك

ما بين هذين من الشر

* وحدثني عن مالك عن

نافع أن بنت سعيد بن زيد

ابن عمرو بن نفيل كانت

تحت عبد الله بن عمرو بن

عثمان فطلقها البتة فانتقلت

فأنكر ذلك عليها عبد الله

ابن عمر

الاعتبار بها ما لم يؤد تأخير القرء الى حال الرتبة وسأني ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص
* مالك عن يحيى بن سعيد عن رجل من الأنصار أن امرأته سألته الطلاق فقال اذا حضت فأفّ ذنبي
فلما حضت أفّ ذنته فقال اذا طهرت فأفّ ذنبي فلما طهرت أفّ ذنته فطلقها * قال مالك وهذا أحسن
ما سمعت في ذلك * ش قول الأنصاري لامرأته اذا سألته الطلاق اذا حضت فأفّ ذنبي يحتمل
أن يكون في طهر قد مسها فيه وإيقاع الطلاق فيه ممنوع فأمرها أن تؤذنه بحيضها ليسلم طلاقه من
ذلك فلما حضت قال لها اذا طهرت فأفّ ذنبي لان إيقاع الطلاق حال الحيض ممنوع كما تقدم فلما
طهرت أوقع الطلاق في طهر لم يمسها فيه ولا تعقب حيضا طلقها فيه وهو الزمان الذي شرع إيقاع
الطلاق فيه والله أعلم

* ما جاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه *

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أنه سمعهم ما يدكران أن
يحيى بن سعيد بن العاصي طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم
فأرسلت عائشة أم المؤمنين الى مروان بن الحكم وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة
الى بيتها فقال مروان في حديث سليمان ان عبد الرحمن غلبني وقال مروان في حديث القاسم أوما
بلغك شأن فاطمة بنت قيس فقالت عائشة لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة فقال مروان ان كان
بك الشر فحسبك ما بين هذين من الشر * مالك عن نافع أن بنت سعيد بن عمرو بن نفيل كانت تحت
عبد الله بن عمرو بن عثمان فطلقها البتة فانتقلت فأنكر ذلك عليها عبد الله بن عمرو * ش قوله ان
يحيى بن سعيد طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة يحتمل أن يكون طلقها آخر ثلاث تطليقات
فان تلك الطلقة توصف بها البتة لان حكمها في ذلك حكم الثلاث وانتقال عبد الرحمن ابنته يريد من
موضع عدتها وهو موضع سكنها مع زوجها وذلك ان السكنى وان كانت حقاً من حقوق الزوجية
فان المقصود منه حفظ النسب ولحق الله به تعلق فيغلب لذلك فليس للزوجة إسقاطه وتما قال مالك
للبتوة السكنى على زوجها في العدة ويحبس ويباع عليه فيه ماله ومعنى ذلك ان هذا حق على الزوج
وان كان له مال يؤخذه كما يؤخذ بسائر الحقوق اللازمة (مسألة) فان لم يكن له مال فقد قال مالك
ان استيقن انه لا شيء له فذلك عليها ومعنى ذلك والله أعلم انه يسقط عنه حق السكنى والنفقة لانه انما
يجب ذلك عليه بشرط اليسار والغنى ويسقط مع العدم فيكون عليها أن تسكن نفسها كما يكون
عليها أن تنفق على نفسها وهذا في المدخول بها التي يوطأ مثلها وان كانت غير مدخول بها لم يكن لها
سكنى في وفاة ولا طلاق صغيرة كانت أو كبيرة قاله مالك في الموازية (مسألة) وان كانت أمة
فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا ان لها السكنى في الفراق كان الزوج حراً أو عبداً اذا بوئت
بيتاً قال مالك وتعد الأمة حيث كانت ان كان الزوج يأتيها عند أهلها اعتدت عندهم وان كانت
عندهم بالنهار وتبيت عند زوجها بالليل اعتدت في منزله قال أشهب ان كان ينفق عليها فعليه
السكنى والا فلا ووجه قول مالك ان سكنى العدة معتبرة بالسكنى حال الزوجية ويتعين في موضعه
فاذا لم يكن لها عليه سكنى في حال الزوجية وقت كمال النكاح فبان لا يجب لها حال الفراق وهو وقت
اسلام النكاح أولى وأحرى ووجه قول أشهب ان السكنى حكم يجب بالزوجية كالنفقة فاذا اقتضت
الزوجية ثبوت احدهما اقتضت الأخرى واذا لم تقتضه لم تقتض الأخرى والله أعلم (مسألة) وأما

الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا سكنى لها في الطلاق وان كان قد بنى بها زوجها قاله مالك لأنه لا عدة عليها ويدل ذلك على ذلك أنه ليس لذلك البناء حكم البناء في عدة ولا كمال صداق ولا وجوب سكنى ولا نفقة والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت أن للعدة السكنى فلا تبيت في غير بيتها ولها أن تخرج نهارا خلافا لابي حنيفة والدليل على ما نقوله ان الذي تضمنه النص الاسكان قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والخروج بالنهار لا ينافي السكنى فلم يمنع من ذلك ولان في منعها من التصرف اضرار بها فليس كل النساء لها من يتصرف لها

(فصل) وقوله فنقلها عبد الرحمن بن الحكم يريد قبل انقضاء عدتها فأرسلت عائشة الى مروان بن الحكم اتق الله ورد المرأة الى بيتها انكارا منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها لان ذلك عند عائشة واجب عليها تجبر عليه ان أبته وهذا معنى قولها رد المرأة الى بيتها وهو أمير المدينة يومئذ ولو كانت الزوجة لا تجبر على المقام في بيت سكنها مدة العدة لما خاطبت بذلك من اليه حكم المدينة وانما كانت تخاطب به المرأة في خاصتها وتعلمها ان ذلك أفضل لها وذلك ان انتقالها لا يخلو أن يكون بعذر أو بغير عذر فقد قال ابن القاسم في المدونة اذا خافت الزوجة المعتدة من وفاة زوجها سقطت المبيت أو كانت بقرية ليس فيها مسامون وتخاف على نفسها اللصوص وما أشبه ذلك مما لا يؤمن عليها في نفسها فلها أن تتحول وأما غير ذلك فلا تتحول ولو كانت في مصر من الأمصار فخافت جار سوء فقد قال ابن القاسم ترفع أمرها الى السلطان لان مالكا قال لا تنقل الا لأمرا لا تستطيع القرار عليه والمدينة بخلاف القرية ومعنى ذلك ان المدينة فيها من ترفع أمرها اليه ويكفيها من تنقيه من الجار السوء وغيره والقرية في الغالب ليس فيها سلطان ولا يمنع المتعدى من التعدي فاذا خافت على نفسها انتقلت عنها (فصل) وقول عائشة رضي الله عنها لما اعترض مروان بحديث فاطمة بنت قيس وانتقالها الى منزل ابن أم مكتوم لا يضررك أن لا تذكري حديث فاطمة تريد أن حكم فاطمة غير حكم هذه لما اعتقدت أن فاطمة بنت قيس انما انتقلت لان منزلها كان غير مأمون واعتقد مروان انه انما جاز خروجها لما كان بينها وبين زوجها وذويه من الشر على ما روى عن سعيد بن المسيب ان فاطمة كانت لسنة فلذلك قال ان كان بك الشر فحسبك ما بين هذين ان أبلغ ذلك في قصة فاطمة بنت قيس هذين منه ما فيه كفاية وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها حين طلقها عبد الله بن عمر ويقتضي ذلك ان انتقالها كان لغير عذر والله أعلم (مسئلة) فاذا انتقلت لغير عذر فأراد الزوج أن ينقلها الى موضع وأرادت هي غيره ففي المدونة ان لم يكن على الزوج في ذلك ضرر من كثرة كراء ولا سكنى فالقول قولها ووجه ذلك انها التي تختص بالسكنى فاذا لم يكن على الزوج فيما تختاره ضرر لم يكن له صرفها عنه لان ذلك من وجه الاضرار بها ومقتضى ذلك أن عقد الكراء للزوجة وانما على الزوج أداء الكراء كسائر النفقات (مسئلة) وحكم المنزل الذي تنتقل اليه حكم الذي انتقلت منه من ملازمها حتى تنقضي عدتها فيه لانه بدل من الدار التي انتقلت عنها فكان حكمه حكمها (مسئلة) وليس للمرأة أن تنتقل من موضع عدتها بغير عذر فان انتقلت أجبرها السلطان على الرجوع لانه حق من حقوق الزوج والولد المرتقب وقد تغلظ لحق الله تعالى فليس لاحد اسقاطه ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأته له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأته له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها

فيه سكنى حفصة وكان ذلك المسكن طريق عبد الله بن عمر الى المسجد اما لان سكان تلك الدار
وأربابها بأحواله ذلك لان ذلك أرفق به أولاته كان له فيها الممر باستحقاق رتبة الممر أو استحقاق
منفعته بين يدي تلك البيوت التي كانت تسكن في بعضها هذه المطلقة فلما طلق عبد الله بن عمر هذه
الزوجة واستحقت الاعتداد في ذلك المسكن ترك أن يمر بين يدي تلك البيوت وسلك الطريق
الأخرى من أدبار البيوت وهذا يقتضي أنه كان هناك طريقان أحدهما بين يدي تلك البيوت
والثانية من أدبارها فكان يأخذ على طريق أدبار البيوت لئلا يكشف على هذه المرأة المطلقة أو
يتكلف الاستئذان عليها لانه كان لا يستبج النظر اليها لكونها مطلقة وان كانت رجعية وقد اختلف
قول مالك في دخول المطلق على الزوجة الرجعية في المدونة قال مالك أولاً في المطلقة الرجعية لا بأس
أن يدخل عليها مطلقها وأياً كل معها اذا كان معها من يتحفظ بها وقد زاد على هذا أبو حنيفة لا بأس
أن تزني له وان تطيب ثم قال مالك لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها حتى يراجعها وهذا
الذي رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية انه لا يدخل عليها باذن ولا بغير اذن وبه قال الشافعي
والاوزاعي وجه القول الأول انها لم تحرم عليه وكان يجب على هذا الاصل أن يكون الاستمتاع بها
رجعة وان لم ينو ذلك والواقع النظر اليها والالتذاذ بها ممنوعا محظورا ووجه القول الثاني انها قد
حرم عليه الاستمتاع بها والتلذذ بشئ منها فلا يجوز له النظر اليها لان الطلاق قد أفاض تحريم ذلك
والا لم يكن له تأثير كالبائن وانما له فيها الرجعة وازالة التحريم بالرد الى الزوجية (فرع) فاذا قلنا
برواية المنع فليس للمطلق أن يتلذذ بشئ منها وان كان يريد الارتجاع قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه
على المنع فلا يجوز له شئ من ذلك الا بشرط تقديم الرجعة ولذلك لما لم تجز الصلاة الا بطهارة لم يجز
لمن يريد الصلاة أن يصلي حتى يتطهر (مسئلة) ولا يساكنها وان كان معها انتقل عنها ولا يكون
معها في موضع ينغلق عليه وعليها سواء كانت رجعية أو بائنة قاله مالك ووجه ذلك ان الاستمتاع بها
محرم فلم يجز أن يساكنها كالأجنبية ص * مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد بن المسيب سئل عن
المرأة يطلقها زوجها وهي في بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فان لم
يكن عند زوجها قال فعلها قال فان لم يكن عندها قال فعلى الأمير * ش سؤاله عن المرأة المطلقة في
بيت بكراء يريد التي قد دخل بها زوجها وكان الطلاق رجعياً فقال سعيد الكراء على الزوج يريد
كراء العدة وأما كراء السكنى في مدة الزوجية فلا يسئل عن مثله لاتفاق الجميع على ان السكنى مدة
الزوجية على الزوج وأما في مدة العدة فان كان الطلاق رجعياً وبائناً فالكراء على الزوج ولا خلاف
بين الفقهاء في الطلاق الرجعي وان اختلفوا في البائن والدليل على ما نقوله قوله تعالى أسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم والأمر يقتضي الوجوب وانما خوطب بذلك من طلق وكان الانفاق
والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق علم ان حكمه بعد الطلاق غير حكم
الانفاق لان الزوجة اسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده وليس لها اسقاط السكنى ولا نقله عن محله
وقد روى عن عمرو عبد الله بن مسعود ان المبتوتة لها النفقة مع السكنى روى ذلك عن ابراهيم عن
الأسود عن عمر رضي الله عنه قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ولا يجبر قول امرأة في دين
المسلمين وهذا قد روى عن ابراهيم انه قال المطلق ثلاثا لا يجبر على النفقة فلعل الذي روى عن عمر انما
أراد به الحامل ولذلك قال لا تدع كتابر بنا وسنة نبينا قول امرأة لا ندرى أصدقت أم نسيت والذي
في كتاب الله تعالى للمطلقة انما هو السكنى وأما النفقة فتختص بالحامل قال الله تعالى وان كن أولات

* وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد أن سعيد
ابن المسيب سئل عن المرأة
يطلقها زوجها وهي في
بيت بكراء على من الكراء
فقال سعيد بن المسيب على
زوجها قال فان لم يكن
عندها قال فعلى الأمير
فان لم يكن عندها قال
فعلى الأمير

حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وقد ذهبت طائفة الى أنها ليس لها سكنى ولا نفقة ومذهب مالك رحمه الله وجهه ورفقه ماء الأمصار ان لها السكنى دون النفقة والدليل على ذلك الآية المتقدمة اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وماروى من حديث فاطمة بنت قيس فانما وقعت المنازعة بينها وبين من أوصل اليها النفقة عن زوجها في النفقة خاصة لانها أسخطت ما أنفذ اليها فقال لها صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وكانت بائنا وأمرها أن تعتد في بيت أم مكتوم وهذا يقتضى ان السكنى تلتزمها بسبب العدة ولو كان لحاجة وضرورة لم يخص ذلك بالعدة لان تخصيصه هذه السكنى بالعدة يقتضى الانتقال عنه بعد العدة فثبت أنه سكنى تجب عليها ولها بالعدة

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله فان لم يكن لزوجها مال فعليها ريد والله أعلم عليها كراء بقية مدة العدة ولا يكون لها أن تنتقل ان كان عندها ما تدفعه في كراء المسكن بين ذلك انه قال فان لم يكن عندها فعلى الأمير ولو لم يرد ذلك لقال فان لم يكن عند الزوج ذهبت حيث شاءت والله أعلم

﴿ما جاء في نفقة المطلقة﴾

ص ﴿مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سامة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حلت فاذنيتي قالت فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحى أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به ﴿ش قوله ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة تريد آخر طلاقه كانت بقيت له فيها وقد بين ذلك في رواية الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ان أبا عمرو بن حفص أرسل امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وقولها وهو غائب بالشام تريد غائب عنها فأنفذ اليها طلاقها ثم ان وكيله أرسل اليها بشعير عن نفقتها فسخطته ولم ترض ذلك لما اعتقدت ان لها عليه النفقة فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك نفقة وهذا بين في أن المطلقة المبتوتة غير الحائل لان نفقة لها خلافا لابي حنيفة والثوري في قولها لكل مطلقة النفقة في العدة وان كانت مبتوتة حاملا والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس ليس لك نفقة ومن جهة المعنى انها بائن بالطلاق فلم تجب النفقة كغير المدخول بها (مسئلة) وان كانت حاملا فلها النفقة قال الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وهذه رواية أبي سامة بن عبد الرحمن وهي أصح من رواية أهل الكوفة الشعبي وغيره عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لان نفقة لك ولا سكنى وانما هو تأويل ممن روى ذلك أو روى عنه على المعنى دون لفظ الحديث لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم وأبو سامة بن عبد الرحمن نقل كل واحد من الحكمين على وجهين والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم في أم شريك تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند ابن أم مكتوم

﴿ما جاء في نفقة المطلقة﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن عبد الله بن يزيد مولى
 الأسود بن سفيان عن
 أبي سامة بن عبد الرحمن
 ابن عوف عن فاطمة بنت
 قيس ان أبا عمرو بن
 حفص طلقها البتة وهو
 غائب بالشام فأرسل اليها
 وكيله بشعير فسخطته
 فقال والله مالك علينا
 من شيء فجاءت الى رسول
 الله صلى الله عليه وسلم
 فذكرت ذلك له فقال
 ليس لك عليه نفقة وأمرها
 أن تعتد في بيت أم شريك
 ثم قال تلك امرأة يغشاها
 أصحابي اعتدى عند عبد
 الله بن أم مكتوم فانه رجل
 أعمى تضعين ثيابك عنده
 فاذا حلت فاذنيتي قالت
 فلما حلت ذكرت له أن
 معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني
 فقال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم أما أبوجهم فلا
 يضع عصاه عن عاتقه وأما
 معاوية فصعلوك لا مال
 له انكحى أسامة بن زيد
 قالت فكرهته ثم قال
 انكحى أسامة بن زيد
 فنكحته فجعل الله في
 ذلك خيرا واغتبطت به

يقتضى اختصاص هذه السكنى بمدة العدة وانها أمر لازم لها وبدل من الاعتداد في بيت زوجها وقد روى أن ذلك كان لبذاء في لسانها وقد قال سعيد بن المسيب لما سأله ميمون بن مهران عن المطلقة ثلاثاً إن تعتد فقال في بيت زوجها فقال له ميمون فأين حديث فاطمة بنت قيس فقال له سعيد تلك امرأة فتنّت الناس انها كانت لسنة قال القاضي أبو اسحق إن البذاء والشر العظيم بين المرأة وزوجها مما يقتضى اخراجها من مسكنه الى غيره وتعلق في ذلك بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وهذا يقتضى أن من هذه الفاحشة المبيحة للخروج ما ليست بمينة وليس كذلك الزنى في قول من قال ان الفاحشة الزنى لان أمر الزنى واحد اذا غابت الحشفة وجب الرجم والى هذا ذهب ابن عباس وقال الزنى الفاحشة كما يقولون أخرجت فرجت وانما الفاحشة النشوز وسوء الخلق والله أعلم وقال القاضي أبو محمد اذا كثر مثل هذا من النشوز بينهما والأذى ولم يطمع في اصلاحه انتقلت المرأة الى مسكن غيره وقد روى ابن أبي الزناد عن عائشة رضي الله عنها في قصة فاطمة بنت أبي قيس انها كانت في مكان وحش نحيف على ناحيتها فلذلك ترخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال القاضي أبو اسحق وهذا الذي رواه ابن أبي ذئب مما يبيح للمرأة اذا وقع أن تنتقل من ذلك الموضع الى غيره كما قيل في البدوية المعتدة انها تستوى مع أهلها حيث استووا في الجملة فان هذه الأقوال كلها تدل على أنه لا يباح لها الانتقال الى العذر وان اختلفوا في تعيين العذر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله رحل أعمى تضعين ثيابك عنده يقتضى انه يشق على المرأة القعود على حالة يباح للناس النظر اليها معها وانه لا يجوز لها الخروج عنهما مع نظر الناس اليها والمكفوف الأعمى لا ينظر اليها فلا حرج في ترك ستر شعرها وغير ذلك مما لا يباح للرجل أن ينظر اليه من غير ذي محرمه ويقتضى ذلك انه ليس على النساء حرج في النظر الى الرجل على غالب أحواله التي يكون عليها جالساً ومتصرفاً بين الناس لأنه انما راعى صلى الله عليه وسلم إزالة الحرج عنها في التستر لكونه أعمى وكانت هي بصيرة فلم ينكر نظرها اليه وقد روى نهبان مولى أم سلمة عن أم سلمة كنت أنا وميمونة جالستين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذن عليهما بن أم مكتوم الأعمى فقال احتجبا منه فقلنا يا رسول الله أليس بأعمى لا يبصرنا فقال أفعميا وان أتتا غيران نهبان مولى أم سلمة غير معروف ولم ير وعنه غير هذا الحديث وحديث آخر وحديث فاطمة صحيج وروى عنه حديث آخر منكر أيضاً وروى عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم في المكاتب اذا كان عنده ما يؤديه في كتابته احتجبت منه سيدته وعلى انه قد قال أبو داود السخيتاني حديث نهبان خاص لازم واج النبي صلى الله عليه وسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس اعتدي عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده والأظهر عندي أن الحديث غير ثابت ويحتمل أن يكون ذلك للضرورة مع كونه ممنوعاً عندها ويحتمل أن يكون ذلك لأن الرجل له عورة مخصوصة فاذا سترها لم يحرم النظر اليه وجميع المرأة عورة الواجهها وكفها فاذا كشفت بعض ذلك ولم يكن ثم من ينظر اليها جاز لها ذلك ولم يجز في موضع يكون فيه من ينظر اليها لأنه ناظر الى عورة منها والوجه والكفان وان قلنا ليس بعورة منها فانه لا يجوز لأجنبي النظر اليها الا على وجه مخصوص فحكم المنع متعلق بها والاباحة مختصة بها في حكم الأجنبي فذلك منها بجميع جسد الرجل خلا ما يوصف بالعورة منه على وجه التغليظ والتخفيف فيجوز للمرأة أن تنظر اليه على وجهه ما وأما قوله تعالى قل للؤمنات يغضن من

أبصارهن ويحفظن فروجهن فيحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن العورات ويحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن النظر على وجه مخصوص من الالتذاذ بالنظر إلى الأجنبي والله أعلم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فإذا حلت فأذني يريدا إذا انقضت عدتك فأعلميني قال ابن وضاح فيه التعريض بالخطبة في العدة فلما انقضت عدتها أعلمته أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم ابن هشام خطباها وهو أبوجهم بن حذيفة بن غاتم العدوي وأبوجهم بن هشام انفرد به يعني بن يحيى وهو وهم والله أعلم ويحتمل أن يكون ذلك عند انقضاء عدتها وقوله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه يحتمل أن يريد أن فيه شدة على النساء وكثرة تأديب وهذا اللفظ وإن كان لا بد أن يضع عصاه عن عاتقه وقت نومه وأكله فصحيح على مقاصد العرب في كلامها لأنه لم يرد بذلك إلا المبالغة في وصفه بما هو عليه من ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وأما معاوية فصعلوك لا مال له وراعى في ذلك حاجة النساء إلى المال يكون عند الزوج لما هن عليه من النفقة والكسوة وغير ذلك ويحتمل أن تكون أوردت ذلك على سبيل المشورة وتفويض الاختيار إليه فنصحهما وكرههما علم من حال كل واحد منهما مما يحتاج هي إلى معرفته لتعلق ذلك بمنافعها ومضارها وفعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لما يجب عليه من النصيحة للنساء والرجال وأهل الحاجة والضعف قال ابن وضاح في قوله صلى الله عليه وسلم أنكحى أسامة بن زيد فيه أنكاح الموالى القرشيات لأن فاطمة بنت قيس قرشية وأسامة بن زيد مولى وجازله ذلك ولم يره من الخطبة على الخطبة لما لم يوجد ركون إلى واحد منهما ولا تسمية صداق يدل على أنها لم تركز إلى أحدهما أنها انما ذكرت أن معاوية وأباجهم خطباها ولم تذكر ركونا إلى أحدهما ولو كان منهار ركون إلى أحدهما لذكرته دون الآخر وهذه حالة تجوز فيها الخطبة على خطبة غيره فخطبها لأسامة بن زيد

* وحدثني عن مالك أنه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا

(فصل) وقولها فكرهته تريد أنها كرهت نكاحه لمعنى من المعاني ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالى وكانت العرب تكره ذلك وتترفع عنه فأعاد عليها النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح أسامة بن زيد لما علم في ذلك من المصلحة لها ولما أراد أن يبين من جواز أنكاح القرشيات الموالى قالت فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا كثيرا واغتبطت به تريد أنها عرفت حسن العاقبة في اتباع رأى النبي صلى الله عليه وسلم ونكاحها أسامة بن زيد وإن كانت كرهته أولا وقد قال الله تعالى فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا ص * مالك أنه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا * ش قوله المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل على ما قدمناه من وجوب السكنى لها وقد قال تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وقال بعض شيوخنا إن ذلك في الرجعية لقوله تعالى في آخر الآية لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وأن قوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم في البائعات لقوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وذلك أنه خصص النفقة عليهن بالحمل والرجعيات لهن النفقة وإن لم يكن حوامل والله أعلم وأحكم

﴿ ما جاء في عدة الامة من طلاق زوجها ﴾

﴿ ما جاء في عدة الامة من طلاق زوجها ﴾
 ﴿ قال مالك الأمر عندنا في طلاق العبد الامة اذا اطلقها وهي أمة ثم عتقت بعد فعدتها عدة الامة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها ﴾ قال مالك
 ومثل ذلك الحديث على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فانما حده حد عبد ﴿ ش وهذا على ما قال ان عتق الامة في العدة لا يغير عدتها وسواء كان طلاقاً بائناً أو رجعياً فانها تنمادى على عدة الامة وذلك انما راعى في عدتها وقت وجوبها لوقوع الطلاق عليها فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها كالحديث يجب عليها من زنا أو قذف أو شرب خمر يجب عليها وهي أمة ثم تعتق فانها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد ولا يستوفى منها الا حدة واحدة و الفرق بين ذلك وبين الأمة يطلقها زوجها طلاقاً رجعياً ثم تعتق في العدة ثم يموت زوجها فانها تنتقل الى عدة الوفاة عدة الحرة ولو كان طلاقاً بائناً لم تنتقل الى عدة وفاة والفرق بينهما ان عدة الوفاة تلزمها في الطلاق الرجعي لانها حكم من أحكام الزوجية كالتوارث والحقوق الطلاق والظهار وغير ذلك وهي باقية بينهما في الطلاق الرجعي دون البائن وانما وجبت عليها عدة الوفاة وهي حرة فتلزمها عدة الحرة وليس كذلك الأمة المطلقة فانه قد وجب عليها العدة بالطلاق ولم يجب عليها عدة بالعتق فلذلك لم تنتقل الى عدة الحرة والله أعلم وقال الشافعي تنتقل الى عدة الحرة اذا كان الطلاق رجعياً واختلف قول أبي حنيفة في الطلاق البائن فقال لا تنتقل الى عدة الحرة وقال أيضاً تنتقل وقال الطحاوي والقياس والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما تقدمناه (مسئلة) ولومات عن الأمة زوجها ثم عتقت لم تنتقل الى عدة الحرة لان العدة لزمها وهي أمة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي تنتقل في الطلاق الرجعي والدليل على ما نقوله أن العدة يلزم تمامها على الصفة التي وجبت عليها ولا يؤثر ذلك في عتقها ص ﴿ قال مالك والخريطل في الأمة ثلاثاً وتعتد بحيضتين وتعتد ثلاثاً قروء ﴾
 ش وهذا على حسب ما قال ان الحرف في الأمة ثلاث تطليقات لان الطلاق والاعتد ادبالا قراء يعتبر فيهما الرق والحرية فيعتبر الطلاق بحال الرجال لانه حكم من أحكامهم وتعتبر الاقراء بحال النساء لان الانراء مختصة بهن موجودة فيهن وقال أبو حنيفة الطلاق معتبر بالنساء فتطليق الحرة ثلاث تطليقات وان كان زوجها عبداً وتطليق الأمة تطليقتين وان كان زوجها حراً وتقدم الكلام في ذلك بما يغني عن اعادته ص ﴿ قال مالك في الرجل تكون نكته الأمة ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد عدة الأمة حيضتين ما لم يصبا فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة ﴾ ش قوله تكون عنده الأمة ثم يبتاعها فتقدم ان ملك اليمين يوجب فسخ النكاح لانه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع فن اشترى زوجته فقد انفسخ النكاح وحلت له بك اليمين فان اشترىها قبل أن يدخل بها ثم أعتقها فهذه لعدة عليها لان الفرقة وقعت قبل البناء ولكنه اذا أعتقها تستبرأ بحيضة لان عقد ملك اليمين يبطل عقد النكاح واذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم في العدة لعدم البناء والله أعلم (مسئلة) قال اشترىها بعد ان دخل بها فاعتقها قبل أن يمسه اعتدت عدة الامة قرأين على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ ولا تتغير عدتها بعتقها هذا قول مالك وأصحابه وقال الكوفيون تعتد بثلاثة أقراء وقد تقدم الكلام فيه

ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في طلاق العبد الامة اذا اطلقها وهي أمة ثم عتقت بعد فعدتها عدة الامة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها ﴾ قال مالك ومثل ذلك الحديث على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فانما حده حد عبد ﴿ ش وهذا على ما قال ان عتق الامة في العدة لا يغير عدتها وسواء كان طلاقاً بائناً أو رجعياً فانها تنمادى على عدة الامة وذلك انما راعى في عدتها وقت وجوبها لوقوع الطلاق عليها فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها كالحديث يجب عليها من زنا أو قذف أو شرب خمر يجب عليها وهي أمة ثم تعتق فانها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد ولا يستوفى منها الا حدة واحدة و الفرق بين ذلك وبين الأمة يطلقها زوجها طلاقاً رجعياً ثم تعتق في العدة ثم يموت زوجها فانها تنتقل الى عدة الوفاة عدة الحرة ولو كان طلاقاً بائناً لم تنتقل الى عدة وفاة والفرق بينهما ان عدة الوفاة تلزمها في الطلاق الرجعي لانها حكم من أحكام الزوجية كالتوارث والحقوق الطلاق والظهار وغير ذلك وهي باقية بينهما في الطلاق الرجعي دون البائن وانما وجبت عليها عدة الوفاة وهي حرة فتلزمها عدة الحرة وليس كذلك الأمة المطلقة فانه قد وجب عليها العدة بالطلاق ولم يجب عليها عدة بالعتق فلذلك لم تنتقل الى عدة الحرة والله أعلم وقال الشافعي تنتقل الى عدة الحرة اذا كان الطلاق رجعياً واختلف قول أبي حنيفة في الطلاق البائن فقال لا تنتقل الى عدة الحرة وقال أيضاً تنتقل وقال الطحاوي والقياس والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما تقدمناه (مسئلة) ولومات عن الأمة زوجها ثم عتقت لم تنتقل الى عدة الحرة لان العدة لزمها وهي أمة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي تنتقل في الطلاق الرجعي والدليل على ما نقوله أن العدة يلزم تمامها على الصفة التي وجبت عليها ولا يؤثر ذلك في عتقها ص ﴿ قال مالك والخريطل في الأمة ثلاثاً وتعتد بحيضتين وتعتد ثلاثاً قروء ﴾
 ش وهذا على حسب ما قال ان الحرف في الأمة ثلاث تطليقات لان الطلاق والاعتد ادبالا قراء يعتبر فيهما الرق والحرية فيعتبر الطلاق بحال الرجال لانه حكم من أحكامهم وتعتبر الاقراء بحال النساء لان الانراء مختصة بهن موجودة فيهن وقال أبو حنيفة الطلاق معتبر بالنساء فتطليق الحرة ثلاث تطليقات وان كان زوجها عبداً وتطليق الأمة تطليقتين وان كان زوجها حراً وتقدم الكلام في ذلك بما يغني عن اعادته ص ﴿ قال مالك في الرجل تكون نكته الأمة ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد عدة الأمة حيضتين ما لم يصبا فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة ﴾ ش قوله تكون عنده الأمة ثم يبتاعها فتقدم ان ملك اليمين يوجب فسخ النكاح لانه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع فن اشترى زوجته فقد انفسخ النكاح وحلت له بك اليمين فان اشترىها قبل أن يدخل بها ثم أعتقها فهذه لعدة عليها لان الفرقة وقعت قبل البناء ولكنه اذا أعتقها تستبرأ بحيضة لان عقد ملك اليمين يبطل عقد النكاح واذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم في العدة لعدم البناء والله أعلم (مسئلة) قال اشترىها بعد ان دخل بها فاعتقها قبل أن يمسه اعتدت عدة الامة قرأين على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ ولا تتغير عدتها بعتقها هذا قول مالك وأصحابه وقال الكوفيون تعتد بثلاثة أقراء وقد تقدم الكلام فيه

(فصل) وقوله قال أصابها بعد الملك وقبل العتق فليس عليها الا الاستبراء وذلك ان عقد الملك يهدم

حكم عقد النكاح ووطء الملك يهدم حكم الوطء بالنكاح فيكون بمنزلة من أعتق أمة ووطئها فليس عليها
الآن تستبرأ بحيضة أو ما يقوم مقامها من الشهور والله أعلم (مسئلة) ولو طلقها واحدة فاشترها
قبل أن تنقضي عدتها ثم أعتقها فقد قال مالك ولو باعها كان على المشتري أن يستبرأ بحيضتين لأنها
عدة يريد أنه باعها أو أعتقها قبل أن يمسه بملك اليمين وانما يستبرأ بحيضتين إذا كان يبيعها إياها قبل
أن تحيض حيضة بعد طلاقه إياها ولو كانت قد حاضت حيضة واحدة قاله مالك ولهذا الحيضة حكم
العدة لأن بها تتم عدتها والله أعلم (مسئلة) ولو اشترها بعد أن انقضت عدتها منه ثم باعها فإن
المشتري لا يستبرأ إلا بحيضة لأنه لا يلزمها عدة وعدة الطلاق قد انقضت واستبراء الاماء انما يكون
 بحيضة خرجت إلى ملك أو حرية والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى مكاتب زوجته فعجز فرجع رقيقا
فأخذها السيد فان مال الكافل ان المكاتب لم يوطأها بعد ان اشترها فعدتها حيضة ثم رجع فقال أحب
إلى أن تكون حيضتين قال وتعد لان كل فسخ يكون في النكاح ففيه مثل عدة الطلاق ولو وطئها
المكاتب بعد ما اشترها لصارت إلى الاستبراء وبطلت عدة النكاح لأنها ووطئت بملك اليمين (مسئلة)
وهذا إذا كانت ممن تعد بالاقراء فال كانت ممن تعد بالشهور لصغر أو كبر فعدتها من الطلاق ثلاثة
أشهر هذا قول مالك وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة وجهه وأهل المدينة وعمر بن عبد العزيز
والحسن البصري والنخعي وقال أبو حنيفة والشافعي عدتها شهر ونصف وقال الزعري وعطاء
عدتها شهران والدليل على ما نقوله أن الأشهر بدل من الاقراء فلم يختلف بكثرة الاقراء وقتها
كالتي هو بدل من الغسل والوضوء فلم يختلف في الطهارة الكبرى والصغرى

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾

ص ﴿مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال
عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة أشهر
فان بان بها حمل فذلك والاعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت ﴿ش وقوله في التي
تحيض في عدتها ثم رفعتها حيضتها تنتظر تسعة أشهر هو قول عامة أصحابنا على الاطلاق غير ابن نافع
فانه قال ان كانت ممن تحيض فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر خمس سنين
أقصى أمدا للجل وان كانت يائسة من الحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة أشهر قال سحنون
وأصحابنا لا يفرقون بينهم ما قاله الجمهور أولى لان التسعة أشهر هي أمدا للجل المعتاد (مسئلة)
المعتدة من الطلاق على ضربين حائض وغير حائض فأما الحائض فهي التي قد رأت الحيض ولو
مرة في عمرها ثم لم تبلغ سن اليأس منها فهذه اذا طلقت فحكمها أن تعتد بالاقراء فان لم تحيضا
انتظرت تسعة أشهر وهذا مذهب عمرو بن وهب قال ابن عباس والحسن البصري وقال أبو حنيفة
والشافعي تنتظر الحيض أبدا والدليل على ما نقوله ان هذا اجماع الصحابة لانه روى عن عمر وابن
عباس وليس في الصحابة مخالف ومن جهة المعنى ان التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد فالغالب
أن يظهر بها حمل ان كان بها أو تحقق المرأة علاماته وتحس به فاذا سلمت من ذلك كله فالظاهر
سلامتها من الحمل اذا لم توجد منها رية غير ارتفاع الحيض وقد يرتفع كثيرا من غير حمل فلا يدل ارتفاعه
على الحمل فاذا انقضت التسعة ولا تمس شيئا اعتدت بثلاثة أشهر قال مالك وأصحابه وأكثره من قول
أشهب لان لها حينئذ حكم اليائسة من الحيض ومعنى ذلك انه لما وقع التربص بالتسعة أشهر وعدم

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد وعن
يزيد بن عبد الله بن قسيط
الليثي عن سعيد بن المسيب
انه قال قال عمر بن الخطاب
أيما امرأة طلقت فحاضت
حيضة أو حيضتين ثم رفعتها
حيضتها فانها تنتظر تسعة
أشهر فان بان بها حمل فذلك
والاعتدت بعد التسعة
أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت

الحيض والجل حكم لها بحكم من تعتد بالشهور فصار ذلك حكما كاليائسة لما ارتفع حيضها وصارت ممن لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر إلا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره لم يحتج إلى اعتبار تسعة أشهر وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها رتبة لم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء والاستقصاء والله أعلم (مسئلة) وإذا حلت المرأة بالسنه ثم تزوجت ثم طلق فقدر روى ابن الموزع عن مالك وأصحابه قالوا أكثرهم شيوخ أشهب أن عدتها ثلاثة أشهر في الطلاق حرة كانت أو أمة لأنها اعتدت بالشهور مدة فصار لها حكم اليائسة إلا أن يعاودها الحيض ولو مرة فترجع إلى الحيض إن تمادى بها أو الاستبراء أو العدة أن انقطع عنها (مسئلة) فإن كانت ممن لا تحيض فلا يخلو أن تكون ممن لم تحض قبل وقد قال سحنون قول مالك وأصحابه أن عدة التي لم تبلغ حداً الحيض والتي بلغت ولم تحض وإن بلغت ثلاثين سنة أو أكثر ثلاثة أشهر وكذلك عدة اليائسة من الحيض وهي التي بلغت سناً كل من بلغت من النساء لم تحض قال بعض أصحاب مالك ولا تنقص منه الأمة ووجه ذلك أن الله تعالى قال واللذي يئسن من الحيض من نساكن إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللذي لم يخضن قال مالك إن ارتبتم فعدتهن وقد أنكر ذلك بعض الناس وقالوا لو أراد ذلك لقال أن ارتبتم بالفتح لأن الارتياح ماض وإنما يتعلق أن المكسورة بالاستقبال والارتياح قد عدم بتعدد وجود النص وهذا الذي قاله ليس بصحيح لأن الارتياح لمن لا يعلم حكم الآية أو لمن لا يقرؤها ثابت إلى يوم القيامة وقد قال بعض أصحابنا إن معنى أن ارتبتم إذا ارتبتم ويحتمل أن يريد بذلك أن ارتبتم في التأويل على أن العرب تستعمل هذا اللفظ على معنى التنبيه على الدليل فتقول إن ارتبتم في كذا مع ظهوره ووضوحه فيجب أن يمنعك من الارتياح أمر كذا قال الله تعالى فإن كنت في شك مما أنزلنا إليك فاسأل الذين يقرؤون الكتاب من قبلك ومعنى ذلك نفي الشك والارتياح عن مثل هذا لوضوحه وظهور أدلته ووجه آخر وهو أن يكون أن ارتبتم الآن فإنه يجب أن يقطع الارتياح هذا النص وهذا اللفظ يستعمل بمعنى الحال ولذلك يقول إن شئت لأن فعلت كذا وقد يستعمل بمعنى الماضي فتقول إن كنت تشك في كذا فخكمه كذا وهذا بين واضح والأول أظهر ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول الطلاق للرجال والعدة للنساء * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال عدة المستحاضة سنة * ش قوله رضي الله عنه عدة المستحاضة سنة يريد أنها تقيم سنة وقد روى ابن الموزع عن مالك أنه قال عدة المستحاضة في الطلاق سنة كالمرتبة تسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة حرة كانت أو أمة أو كتابية فعلي هذا يتناول قول سعيد في أن التسعة الأشهر استبراء والثلاثة الأشهر عدة ولذلك استوى فيها حكم الحرة والأمة لأن العدة بالأشهر لا يختلفان فيها إلا أنها بدل من الحيض الذي يختلفان فيه على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا إذا كانت الحائض لا يميز دماً واتصل ذلك بها في جميع العام فإن تغير حكمها فلا يخلو أن تنتقل إلى حيض أو إلى انقطاع دم فإن انتقلت إلى حيض بطل حكم الاستحاضة فاعتدت بالأقراء قاله مالك في الموازية ووجه ذلك أنه نوع من الرتبة لأن المستحاضة لا قرأ لها تبرأ به فكانت مرتبة كالتى لا ترى الدم فإذا شرعت في عدة المرتبة ثم رأت الحيض انتقلت عن حكم الارتياح إلى العدة بالأقراء (فرع) وإنما يعرف الحيض بان ينقطع عنها الدم ثم تستقبل الحيض فامع اتصال الدم بان ترى دماً لا تشك فيه أنه دم حيض لونه ولذا عته فقد قال أصبغ إذا رأت دماً لا تشك أنه دم حيض تركت الصلاة فيه وإن طلقها أجبره على الارتجاع وتغتسل بانقطاع هذا الدم الجديد ولا تعتد به من طلاق وعدتها السنة

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول الطلاق للرجال والعدة للنساء * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال عدة المستحاضة سنة

وكذلك ان رأت كثرته فقد قال مالك في الموازية بما عرفت اقبال الحيض بكثرة الدم وادباره بقلته ولكن عدتها سنة لانها لا تؤمن ان ذلك كذلك ومعنى ذلك انها تحقق انه دم حيض بالكثرة والقله والله أعلم (مسئلة) فاذا طلقت مستحاضة فانقطع عنها الدم ثم رأت بعده طهرا كاملا ثم حيضها فانها تنتقل الى حكم الاقراء وان كانت مستحاضة ستة أشهر ثم انقطع عنها الدم ستة أشهر قال أصبح قد حلت وكذلك لو لم ترد ما من يوم الطلاق ستة أشهر ثم استحاضت فبتمام السنة من يوم الطلاق تحل الا أن تحس حركة فتقيم الى أن تنفس أو تضع أو تنقضي مدة الحمل ومعنى ذلك والله أعلم ان لما كانت الاستحاضة رتبة وارتفاع الحيض رتبة لفق منهما العام الذي هو مدة اعتداد المرتبة وهذا في تقدم الاستحاضة فاما في تأخره فافيه نظر وذلك ان الاستحاضة لا تكون الا بعد حيض فاذا وجد الحيض بطل حكم الرتبة بارتفاع الحيض واعتدت بالاقرء فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض من الاستحاضة الى ما قبله من الشهور كما يضاف ما بعد الحيض من الشهور الى ما قبله والله أعلم وقال ابن القاسم تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة ووجه ذلك ان الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا يلفق بعض ذلك الى بعض ولان عدة المسترابة يجب أن تكون من جنس ما ترتفع به ربتها فاذا زالت ربتها بالاستحاضة تسعة أشهر ثم انقطع عنها الدم لم يصلح أن تكون عدتها بارتفاع الدم لانه من غير جنس ما زالت به ربتها وهذه رتبة أخرى طارئة فيجب أن تقيم تسعة أشهر ليتين بمعنى هذه الرتبة ثم تعد عدة من جنسها والله أعلم ص قال مالك الأمر عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض فان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثانية قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض وان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض فان لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل الا أن يكون قد بت طلاقها فترفعها حيضتها يريد أن تنقطع عنها فلا ترى دم حيض فان حكمها أن تعد تسعة أشهر استبراء لما طرأ عليها من الرتبة بارتفاع الحيض فان لم تحض فيها اعتدت بعد ثلاثين أشهر لانها قد فارقت حكم الحيض فاعتدت بالشهور كاليائسة من الحيض ولا يجوز أن يراد بقول عمر من بلغت سن اليأس لانه عام فيحمل على عمومه وأيضا فان قال بانها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر وهذا لا يكون في اليائسة من الحيض لان اليائسة من الحيض لا تحمل

(فصل) فان حاضت قبل التسعة أشهر أو بعد انقضاءها وقبل الثلاثة الأشهر بطل حكم الشهور واستأنفت الاعتداد بالاقرء فان جرت اقرؤها الى العادة انقضت عدتها بثلاثة اقراء وان ارتفعت حيضها بعد تلك الحيضة الاولى فان اتصلت لها بتسعة أشهر من يوم طهرت منها لم ترفعها دم حيض ألغت ما تقدم من عدتها بالحيضة والأشهر التي تقدمتها واستأنفت الاستبراء من يوم طهرها من تلك الحيضة فاذا كملت مدة الاستبراء اعتدت بثلاثة أشهر ثم رأت حيضة ثانية قبل انقضاء العدة بالشهور ألغت ذلك كله واعتدت بهذه الحيضة وبالحيضة الاولى حيتين من عدتها ثم ان ارتفعت حيضها الثالثة استأنفت الاستبراء بتسعة أشهر من يوم طهرت من الحيضة الثانية فان لم تر في مدة الاستبراء حيضا اعتدت بعد ثلاثين أشهر فتأنق الحيض وان تخللته الرتبة ولا تلتق مدة الاستبراء بل تلغى كل

قال مالك الأمر عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض فان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثانية قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض وان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض فان لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل الا أن يكون قد بت طلاقها فترفعها حيضتها يريد أن تنقطع عنها فلا ترى دم حيض فان حكمها أن تعد تسعة أشهر استبراء لما طرأ عليها من الرتبة بارتفاع الحيض فان لم تحض فيها اعتدت بعد ثلاثين أشهر لانها قد فارقت حكم الحيض فاعتدت بالشهور كاليائسة من الحيض ولا يجوز أن يراد بقول عمر من بلغت سن اليأس لانه عام فيحمل على عمومه وأيضا فان قال بانها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر وهذا لا يكون في اليائسة من الحيض لان اليائسة من الحيض لا تحمل

ما تقدم منها اذا كان بعدها حيض لانه استبراء بتجدد لربة مجردة فلذلك لا يصح فيه التلقيق والحيض ليس بريبة بل ينفي الريبة فلذلك لفق بعضه الى بعض (فرع) وهذا اذا كان الحيض فان رأت الدم يوما أو يومين أو مالا يكون حيضا فقد قال أصبغ في المطلقة تسترأب فترى في السنة دما أو مالا يكون حيضا انتظرت سنة من يوم الطلاق يعني ان ذلك الدم لا يعتد به ولا يهدم ما تقدم من الاستبراء لان ما لا يعتد به لا يهدم الاستبراء ولا يبطل حكمه

(فصل) وقوله ولز وجهها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل يريدان في طول مدد الاستبراء والعدد والحيض له الرجعة وأن يكون ذلك لا يقطع ما كان له من الرجعة ولا ينقطع ذلك الابان تحل للأزواج ويحكم بانقضاء عدتها الآن يكون طلاقها باثباتا تكون له الرجعة لان البت ينفي الرجعة ص قال مالك السنة عندنا أن الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسهأ انها لا تبني على ماضي من عدتها وانها تستأنف من يوم طلاقها عدة مستقبله وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجة له بها * ش قوله فبين طلاق امرأته ثم ارتجع ثم فارق قبل أن يمسهأ انها تستأنف العدة ولا تبني على ماضي يريد أن الرجعة تهدم العدة لان حكم الزوجية ينفي حكم العدة فاذا ثبتت الرجعة بطلت العدة فاذا وقع بعد ذلك طلاق استأنفت العدة لانها مدخول بها لم يستبرأ زوجها بانقضاء عدتها فلزمت العدة ولم يصح البناء على ما تقدم لما قدمناه من ابطال الرجعة العدة فلزم ابتداء العدة من يوم الطلاق الثاني

(فصل) وقوله وقد ظلم نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجة له بها يريدانه زال ملكه عن طلاق غنيا عن الزوالته وور بمادعته الضرورة بعد وقت اليه وأخطأ حين ارتجع من لا حاجة له بها لان مقصود الرجعة الجماع مع ما حصل في ذلك من تطويل العدة عليها وظلم المرأة بذلك مع عدم انتفائه به ويحتل أن يريد به قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف وهو الامسالك على وجه الزوجية ومقصودها وقوله أو سرحوهن بمعروف يريد والله أعلم طلاق السنة ثم قال تعالى ولا تمسكوهن ضرا را لتعتدوا يريد والله أعلم أن يرتجعها ولا حاجة لها بها ثم قال تعالى ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه والرجعة تكون على وجهين أحدهما أن يطلقها طليقة أو طليقتين ثم لا يرتجعها حتى تنقضي عدتها ثم يزوجها أو يطلقها ثلاثا ثم تزوج زوجها غيره فيطلقها الزوج الثاني ثم يزوجها الاول فان ذلك يسمى ارتجاعا قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليه أن يتراجعا ان ظنا أن يقيا حدود الله فسمى تزويجها بعد زوج ارتجاعا والثاني من وجهين الرجعة هو المستعمل عند الفقهاء وهو أن يطلقها طليقة أو طليقتين ثم يرتجعها قبل انقضاء عدتها من غير اعتبار رضاها ولا رضا وليها ولا صداق لها لانه أملك بها مادامت في عدتها (مسألة) وهذا الارتجاع الاصل فيه قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وقوله تعالى فامسك بهن بمعروف الامسالك الرجعة وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ولا خلاف في صحة وقوعه بالقول فأما بالفعل نحو الجماع أو القبلة قال القاضي أبو محمد يصح بها وبسائر الاستمتاع للذة قال ابن المواز ومثل الجسة للذة أو ينظر الى فرجها وما قارب ذلك من محاسنها اذا أراد بذلك الرجعة خلافا للشافعي في قوله لا تصح الرجعة الا بالقول والدليل على ما نقوله ان هذه مدة تتعلق بقول الزوج له رفعها من غير عقد فوجب أن يصح رفعها من غير قول بالوطء كدة الايلاء (مسألة) ولا يكون بشئ من ذلك

قال مالك السنة عندنا ان الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسهأ انها لا تبني على ماضي من عدتها وانها تستأنف من يوم طلقها عدة مستقبله وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجة لها بها

رجعة الا اذا نوى بها الرجعة خلافا لابي حنيفة في قوله تكون رجعة بمجرد قوله والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم انما الأعمال بالنيات وانما لامرئ ما نوى ومن جهة المعنى انه معنى يصح للوطء فلم يصح الامع النية والعقد كالتلفظ بعقد النكاح والرجعة (فرع) فان وطئ في العدة لا ينوى الرجعة فله أن يراجع في العدة ولا يبطأ حتى يستبرأ من ذلك الماء قاله مالك قال ابن القاسم فان انقضت عدتها لم ينكحها ولا غيره في بقية أمد الاستبراء فان فعل فسخ نكاحه ولا يتأبد بتحريمها عليه كما يتأبد بتحريمها على غيره لان الماء مأوّه (فرع) ولا صداق عليه ان وطئ في العدة لا يريد الرجعة خلافا للشافعي لانه لو ارتجعها لم يكن عليه مهر فلا يكون الوطء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة (مسألة) ولا تتبع الرجعة بمجرد النية دون فعل ولا قول رواء ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب فان نوى به الرجعة ثم فعل بعد ذلك في العدة شيئا مما ذكرناه من الاستمتاع قال محمد بن المواز ان كان فعل ذلك بما كان نوى من الرجعة ولم يجد دنية فهي رجعة لان فعله ذلك لرجعته التي كان نواها مثل تجديد النية فذلك يجزئ (مسألة) فان أشهد في العدة انه وطئ أو استمتع ثم قال بعد انقضاء العدة نويت بذلك الاستمتاع الرجعة فقد روى ابن المواز عن أشهب انه اذا أقر في العدة انه وطئ أو قبل أو باشر ثم ادعى بعد العدة انه أراد بذلك الرجعة فهو مصدق ولو أقر في العدة انه خلاها ثم ادعى بعد العدة الرجعة بذلك لم يكن ذلك رجعة حتى يكون مقامه عندها ودخوله وخروجه معروفا بغير اقراره فيصدق فيما يدعى من أنه ارتجع في العدة ففرق بين اقراره بالخلو وقراره بالوطء أن الخلو لا تكون رجعة وان نوى بها الرجعة والوطء مع نية الرجعة يكون رجعة فلذلك افرقا والله أعلم (مسألة) ومن قال لغير مدخول بها ان وطئت فأنت طالق فوطئها روى ابن سحنون عن أبيه هي طالق باليمين وله الرجعة ان نوى ببقية وطئه الرجعة فهي رجعة والالم يحل له التماذي على الوطء خلافا لابي حنيفة لانها جارية الى بينونة كالكتابية اذا أسامت بعد بناء زوجها بها ولان هذا مبني على أنه لا يكون له رجعة اذا عرا من النية واذا لم تكن رجعة كان ممنوعا والا كانت غير مطلقة وتتضمن هذه المسئلة فضلا آخر وهو ان ابتداء الوطء مباح له وهو مقدار ما يقع به الحنث (مسألة) اذا ثبت ذلك فالمطلقة اذا لم يكن في منزلها الا بيت واحد أخرج عنها الزوج ولا يكون معها في حجرة تنفلق عليه وعليها والمبتوتة والرجعية في ذلك سواء قاله مالك في المدونة ومعنى ذلك ان المساواة بين الطلقتين بين لما قدمناه وهذا مبني على القول الذي رجع اليه مالك قال ولو كانت دارا جامعة فلا بأس أن يكون هو في بيت وهي في بيت آخر ومعنى ذلك أن تكون الدار الجامعة يسكنها جماعة كل واحد منهم ينفرد بمسكنه فلا بأس أن يسكن الزوج في مسكن ينفرد به كما تنفرد الزوجة بمسكنها وهذا حكم الأجنبي والله أعلم (مسألة) والرجعة انما تكون في المطلقة المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا رجعة عليها وهذا اذا صادقا على الاصابة فان ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فقد تقدم ذكر ذلك ولو اتفقا على انكار الوطء فعليها العدة ولا رجعة عليها لانهما لا يصدقان على نفى النسب واسقاط حق من حقوق الله في العدة (مسألة) فان دخل بها في حال حيضها فلما طهرت طلقها لا رجعة له عليها رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك ان الوطء ممنوع حال الحيض فلا يصدق فيما يدعى من ذلك بعد الطلاق لاحراز الرجعة (مسألة) واذا راجع المطلقة فاجابته قد أسقطت مضغة قال مالك هي مصدقة ووجه ذلك انها مؤتمنة وذلك يقتضي بصديقها فيما يمكن اذا راجعته عند قوله أو عند بلوغ ذلك اليها فان قال لها ذلك اليوم فقالت من الغد قد كنت

أسقطت مضغة فلا قول لها بخلاف جوابها في الوقت ووجه ذلك أن بصمة ما قد صدقته فثبتت لها الرجعة فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صدح له من الرجعة كصمت اليتيمة البكر في النكاح يثبت عليها عقد النكاح فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا (مسئلة) فان اجابته اني قد حضت ثلاث حيض قال أشهب تصدق في الاولى ثم يحسب ما بقى للحيضتين فأشبه صدقت فيه بغير يمين وان لم يشبه ذلك ثبتت رجعته ووجه ذلك ان الحيضة الاولى يصح أن تحيضها اثر الطلاق وذلك اذا لم يتقدم من اقرارها قبل ذلك من قرب الحيضة التي قبلها ما يمنع ذلك فلذلك لم تحتج في تصديقها في الحيضة الاولى الى حساب واحتيج الى ذلك في الحيضتين الباقيتين فان للحيض والطهر مقدار قدرها الشرع فينظر الى أقل ما يكون من ذلك صدقت فيه وان ادعت ما لا يصح فيه ذلك لم تصدق ولزمها الرجعة والله أعلم ص * قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها مادامت في عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وإنما فسخها منه الاسلام بغير طلاق * ش وهذا على ما قال وذلك ان اسلامها لا يقع به الفسخ وإنما يقع به من الاستمتاع بها وإنما يقع فسخ النكاح بانقضاء عدتها ودعوى دينه لم ينتقل الى دين الاسلام ولو وقع فسخ النكاح باسلامها لم يكن أحق بها ان أسلم في عدتها لان تقدم فسخ النكاح يوجب ذلك كالمرأة تشتري زوجها فانه يقع الفسخ بتعيين الشراء ثم ان اعتقته أو باعته قبل انقضاء عدتها لم يكن أملاكها ولا سبيل له اليها الا بنكاح جديد

* ما جاء في الحكمين *

ص * مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب قال في الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا أصلا حاي فوق الله بينهما ان الله كان عليهما خيرا ان اليهما الفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ماسمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع * ش قول علي رضي الله عنه ذكرانه في شأن عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث في أمرهما عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبي سفيان فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه للحكمين أتدريان ما عليكما ان رأيتم أن تجمعما جعتما وان رأيتم أن تفرقا فارقتما والأصل في بعث الحكمين قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا أصلا حاي فوق الله بينهما ذهب جمهور العلماء الى أن المخاطب بقوله وان خفتم شقاق بينهما الحكم والمراد بقوله ان يريدوا أصلا حاي فوق الله بينهما أنهم ما الحكمين ومن صفة الحكمين التي هي شرط في صحة كونهما حكمين الاسلام والبلوغ والحرية والذكورة فان عدم شيء من ذلك لم يجز تحكيمهما برضا الزوجين ولا ببعثة السلطان قاله مالك وكذلك العدالة ولها صفات أخرى من صفة كمالها أن يكونا من أهلها ما وأن يكونا فقيهين فقد قال ابن القاسم ان جعل ذلك الزوجان ووليا اليتيمين الى من لا يجوز أن يكون حكما لم يجز لأن ذلك من باب الغرر

(فصل) وقوله فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها خطاب للحكام ويحتمل على مذهب مالك ان يكون خطا بالولي اليتيمين وذلك انه ليس لأحد أن يبعث الحكمين الا الحاكم أو وليا الزوجين وان كانا محجورين وهذا معنى ما في المسئلة (مسئلة) ولو جعل الزوجان ذلك الى رجل

* قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها مادامت في عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وإنما فسخها منه الاسلام بغير طلاق * ما جاء في الحكمين * * حدثني يحيى عن مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب قال في الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا أصلا حاي فوق الله بينهما ان الله كان عليهما خيرا ان اليهما الفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ماسمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع

واحد جازا إذا كان من أهل الحكم قاله ابن القاسم في المدونة قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه
 ووجه ذلك عندي أن يكون من جهة الزوجين لأن الحق في ذلك لا يخرج عنهما ولا يجوز للسلطان
 ولا لولي اليتيمين لأن في ذلك إسقاط الحق الزوجين ولا يجوز ذلك في جزاء الصيد لأنه حق لله تعالى
 ولم يأمر فيه إلا بحكمين (مسئلة) وسبب تحكيم الحكمين أن يقبح ما بين الزوجين ويظهر
 الشقاق بينهما قال القاضي أبو محمد أعلم أن كان ذلك من أحدهما أمر بالزلة وإن جهل ذلك بعث
 الحاكمين وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن بها قاله ابن المواز لأن التقاضي قديم بينهما قبل البناء
 (مسئلة) وإذا نزع أحد الزوجين أو نزع جميعا قبل حكم الحكمين فلا يخلوان يبعث الحكمين
 السلطان أو غيره فإن بعثهما السلطان لم يكن لهما نزوع لأن تحكيمهما حكم من السلطان فليس لهما
 نقضه فإن بعثهما غير السلطان جاز لهما النزوع ما لم يستوعبا الكشف عن أمرهما فلا نزوع لواحد
 منهما ويلزم حكمهما قاله ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به من أن رجلين لو حكما بينهما رجلا فلما
 ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع لم يكن له ذلك (مسئلة) وما يحكم به
 الحكمان فعلى وجه الحكم لأعلى وجه الوكالة والنيابة فينفذ حكمهما وإن خالف مذهب الحاكم الذي
 أنفذ سواء جمعا أو فرقا وبه قال النخعي والشافعي وغيرهم خلافا لأبي حنيفة وأحمد قولي الشافعي أنهما
 إن جمعا جاز ذلك وإن فرقا لم يلزم ذلك الزوج والدليل على ذلك قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما
 من أهلها فسمي الحكمين والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق إلى إذن الزوج كالوإلى (مسئلة)
 ومن حكم الحكمين أن يكونا فقيهين ليعلما مواقع الحق ليحكم به ويكون أحدهما من أهله والثاني من
 أهلها لأن الأهل أعلم بباطن أمرهما وأعرف بوجوه منافعهما ويكونان عدلين ليؤمن من جورهما فإن
 لم يكن من أهلها من هذه صفته جاز أن يكونا أجنبيين والله أعلم (مسئلة) ووجه نظر الحكمين
 أن ينظر في أمرهما فإن رأى الإساءة من قبل الزوج فرقا بينهما وإن رأى الإساءة من قبل المرأة تركاها
 واستأمناه عليهما وإن كان من قبلهما جميعا فرقا بينهما على بعض ما أصدقها ولا يستوعب له وعنده
 بعض العلم رواه ابن المواز عن أشهب قال محمد وهو معنى قوله فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح
 عليهما فيما افتدت به (مسئلة) وإن فرقا بينهما بطلقة بشئ أخذاه له منها فهو خلع والطلقة بئنة
 وإن كانت بغير عوض فهي أيضا طلقة بئنة قال أشهب إذا فرقا بالبتة فهي واحدة بئنة وإن كانت طلقة
 بغير عوض وإنما قلنا أنها واحدة بئنة لأنها فرقة أو وقعها حكم من غير اختيار الزوج ولا عليك فكانت
 بئنة كالفرقة بسبب العقد (مسئلة) وإن حكما بالثلاث روى ابن حبيب عن مطرف ما أخطأ
 فيه السلطان ففرق بثلاث فيما يفرق فيه بواحدة فقد أخطأ وتكون واحدة وكذلك الحكمان وقال
 أشهب تلزمه واحدة بئنة وقال ابن القاسم تلزمه البتة وبه قال أصبغ والخلاف في ذلك مبني على
 الخلاف في العبد تزوج بغير إذن سيده فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات والأمة تعتق تحت العبد
 فتختار نفسها بثلاث تطليقات هل تكون ثلاثا أو واحدة (مسئلة) وإن حكم أحدهما بواحدة
 والآخر بثلاث قال محمد بن أبي حمزة واحد روى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك ليس بشئ وجه قول
 محمد أنهما قد اتفقا على إيقاع واحدة فيجب أن يصح ويبطل ما اختلفا فيه وهو ما زاد على الواحدة
 ووجه قول أصبغ أن حكم الواحدة غير حكم الثلاث فلا يوجد اتفاقهما على أحد الحكمين فيجب أن
 يبطل ذلك كله (مسئلة) فإن حكم أحدهما بطلقة على مال والآخر بواحدة بغير مال لم يكن ذلك
 باجماع منهما فإن رضيت أن تمضي له ذلك مع المال لزم الزوج الطلاق قاله ابن القاسم في المدونة

ومعنى ذلك انهما قد اجتمعا على الطلقة وانما اختلفا فيما يأخذ الزوج من مال الزوجة فلا يلزم ذلك الزوجة الا برضاها فلا حجة للزوج (مسئلة) وسواء كانت ذلك قبل البناء أو بعده فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع الى الزوج من نصف الصداق قبل البناء كما ليس لهما أن يفرقا بينهما على شيء يأخذانه للزوجة من الزوج ووجه ذلك ان الطلاق حق من حقوق الزوج فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شيء يأخذانه منه فيكون العوضان من جهته وانما يجوز لهما أن يوقعاه لشيء يأخذانه له من مال الزوجة ليكون ما يأخذانه منها يصير الى الزوج عوضا عما أخرج عن ملكه من الطلاق

﴿ ما جاء في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح ﴾

﴿ ما جاء في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أتم ان ذلك لازم له اذا نكحها * ش قولهم فمين حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها يريدون أن يقول ان تزوجتك فأنت طالق أو يقول ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فيضيف الطلاق الى النكاح وأما اذا لم ينف الطلاق الى النكاح فانه لا يلزمه شيء وذلك مثل أن يقول لاجنية أنت طالق ثم يتزوجها فتدخلى الدار فهذه لا خلاف انه لا يلزمه شيء من ذلك قال ابن حبيب هذا يجمع عليه (مسئلة) وأما اذا أضاف الطلاق الى النكاح فالذي ذهب اليه مالك وأبو حنيفة ان ذلك يلزمه في التعيين وقال الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك وقد روى عن ابن وهب عن مالك انه أفتى رجلا حلف ان تزوجت فلانة فهي طالق انه لا شيء عليه ان تزوجها قاله ابن وهب وزلت بالخزوي فأفتاه مالك بذلك وليست هذه الراية بالمشهورة والمشهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتية لا يفسخ ان وقع والدليل على ما نقوله انه أضاف الطلاق الى النكاح فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح (فصل) وقولهم ثم أتم ان ذلك لازم له اذا نكحها معناه والله أعلم ان ذلك لازم له ان كان قد نكحها وأما لو قال لهما ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار ثم تزوجها لم يكن عليه شيء بدخولها قبل النكاح وانما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح ص * مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فمين قال كل امرأة نكحها فهي طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت

ص * مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أتم ان ذلك لازم له اذا نكحها * ش قولهم فمين حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها يريدون أن يقول ان تزوجتك فأنت طالق أو يقول ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فيضيف الطلاق الى النكاح وأما اذا لم ينف الطلاق الى النكاح فانه لا يلزمه شيء وذلك مثل أن يقول لاجنية أنت طالق ثم يتزوجها فتدخلى الدار فهذه لا خلاف انه لا يلزمه شيء من ذلك قال ابن حبيب هذا يجمع عليه (مسئلة) وأما اذا أضاف الطلاق الى النكاح فالذي ذهب اليه مالك وأبو حنيفة ان ذلك يلزمه في التعيين وقال الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك وقد روى عن ابن وهب عن مالك انه أفتى رجلا حلف ان تزوجت فلانة فهي طالق انه لا شيء عليه ان تزوجها قاله ابن وهب وزلت بالخزوي فأفتاه مالك بذلك وليست هذه الراية بالمشهورة والمشهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتية لا يفسخ ان وقع والدليل على ما نقوله انه أضاف الطلاق الى النكاح فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح

(فصل) وقولهم ثم أتم ان ذلك لازم له اذا نكحها معناه والله أعلم ان ذلك لازم له ان كان قد نكحها وأما لو قال لهما ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار ثم تزوجها لم يكن عليه شيء بدخولها قبل النكاح وانما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح ص * مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فمين قال كل امرأة نكحها فهي طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت * ش قوله فمين حلف بطلاق من يتزوج ان لم يسم قبيلة أو يعين امرأة انه لا شيء عليه وهو منهى مالك وبه قال النخعي والشافعي والاوزاعي لان مالك يقول اذا سدد على نفسه باب الاستمتاع لم يلزمه شيء واذا لم يسدد على نفسه باب الاستمتاع لزمه ذلك وهو أن يقول ان تزوجت امرأة من بني تميم أو من قريش أو يضيف ذلك الى بلد فيقول ان تزوجت امرأة من مصر أو تزوجت امرأة بالشام أو يضيف ذلك الى زمن لا يستوعب عمره أو أكثر مثل أن يقول ان تزوجت هذا العام أو هذه العشرة الأعوام فقتل هذا يلزمه لانه لم يسدد على نفسه باب الاستمتاع وقال أبو حنيفة يلزمه ذلك على كل وجه وقد تقدم ذكره في الأيمان والنذور (مسئلة) ولو قال كل امرأة نكحها الا فلانة فهي طالق فان كانت التي استثنى زوجها التي عنده فقد قال ابن القاسم يلزمه ذلك وكأنه قال معك بخلاف اذا لم تكن تحتها وقال ابن المواز لا شيء عليه في الوجهين

وروى نحوه عيسى عن ابن القاسم وجه الرواية الأولى انه اذا كانت التي استثنى زوجته له فقد حلف أن لا يتزوج عليها ولا خلاف أن ذلك لازم له ووجه القول الثاني انه لم يورده على هذا الوجه وانه انما أوردته على وجه الامتناع من نكاح غيرها ولو لم يورده ذلك للزومه اذا اطلقها أن لا يتزوج غيرها وهذا يسد باب الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه والله أعلم (فرع) وان كانت المرأة أجنبية فقد اختلف فيه مالك وأصحابه فروى عنه المصريون انه لا شيء عليه مكن عم وكذلك اذا استثنى العدد اليسير كالعشرة ونحوها أو قبيلة أو قرية وهم قليل وروى عيسى عن ابن القاسم انه لا يحد في ذلك ولكنه اذا استثنى العدد القليل الذي ليس فيه سعة للنكاح فهو مكن عم والرواية الثانية رواية المدنيين روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن عبد الملك انه اذا قال الافلانة لزمه ذلك وجه القول الأول ان المراعى فيه أن يترك ما يمكن فيه النكاح فاذا استثنى مالا يمكنه ذلك غالبا فهو مكن عم ووجه الرواية الثانية انه اذا استثنى فقد عدل عن الاستيعاب فوجب أن يلزمه ذلك كما لو استثنى الكثير (فرع) فاذا قلنا برواية اللزوم فقد قال ابن الماجشون يلزمه ذلك ولو كانت التي استثنى ذات زوج لانه يرجى له أن يتخلى من الزوج فيتزوجها وكذلك لو تزوجها وطلقها البتة للزومه اليمين الآن يتزوجها في عدة قهرم عليه تحريرا ما يؤبدا وقال مطرف ان كانت ذات زوج أو تزوجها فأبنتها لم تلزمه اليمين ولو طلقها طلقة أو طلقتين لزمته اليمين وجه القول الأول ما احتج به من أن اليمين تلزمه ما لم يقطع بتعذر النكاح والتي أبنتها لا يقطع بتعذره لجواز أن يتزوجها غيره ثم طلقها الزوج فتزوجها الخالف فهذا لا يقطع بتعذر النكاح عليه فلزمت اليمين كما لو طلقها طلقة ووجه القول الثاني ان نكاحها لا يمكنه الآن فيعتبر بتعذر النكاح عليه حين يمينه والله أعلم (فرع) ومن قال كل نيب أن تزوجها فهي طالق ثم قال كل بكر أن تزوجها طالق فروى عيسى عن ابن القاسم لا تلزمه الثانية وروى ابن وهب عن مالك تلزمه اليمينان وجه القول الأول ان اليمين الثانية تمنع الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه ووجه القول الثاني ان اليمين الثانية لا تتناول المنع وانما تتناول صنفا من النساء وينفي الكثير فوجب أن يلزمه كالأول (مسألة) ومن حلف أن لا يتزوج بالاسكندرية فلا يخلو أن ينويها وعملها أو ينويها خاصة أو لا ينوي شيئا فان نواها وعملها لزمه ذلك وان نواها خاصة ففي كتاب ابن حبيب فمين حلف بطلاق من يتزوج بالاسكندرية ان نوى الحاضرة لزمه فمين على مسافة الجمعة قال ابن كنانة وابن الماجشون وأصبع قالوا وان لم ينو شيئا لزمه في مسيرة يوم حتى يجاوز أربعين ميلا وأكثر حدهما تنقصر فيه الصلاة وقد قال ابن القاسم استحسن أن يتباعد الى حيث لا تلزمه الجمعة قال أصبغ والقياس أن يتباعد الى حيث تنقصر فيه الصلاة اذا خرج في طعنه ولا تتم فيه الصلاة اذا قدم والأول استحسن ولو تزوج في الموضع الذي يرزاليه لم تنقصر حتى يجاوزه لم أفسخه روى ابن سحنون عن أبيه في الخالف لا يتزوج من قرطبة لا يلزمه الا في قرطبة وارباضا ولو قال بالقبير وان لم يلزمه الا في المدينة نفسها ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شيء وجه القول الأول ان من حلف أن لا يتزوج من الاسكندرية فقد حلف أن لا يتزوج امرأة من موضع يقع عليه هذا الاسم وفي حكم ما يقع عليه فاذا لم ينو شيئا كان كل موضع لا تنقصر اليه الصلاة من الاسكندرية له حكم الاسكندرية في ذلك وقد قال أصبغ ان ذلك على وجه التحري فمن تزوج من موضع مسافة الجمعة لم يفسخه ووجه قول سحنون ان لاسم انما يتناول المصر وارباضه كقوله تعالى لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام وانما يتناول هذا ما يكون مضافا الى القرية من الارباض المتصلة بها لان

الاسم يتناول جميعها (مسألة) ومن حلف بطلاق من يتزوجها بالمدينة في العتية عن ابن القاسم
لابأس أن يواعدها بالمدينة ويعقد نكاحها بغيرها ووجه ذلك أن المراعى انعقاد النكاح والنكاح
انما انعقد بغير المدينة فلا حنث عليه (فرع) ومن حلف بطلاق من يتزوجها من أهل مصر
فتزوج امرأة أبوها مصري وأمها شامية قال ابن أبي حازم يحدث والولد تابع للاب دون الأم وبالله
التوفيق (مسألة) ومن قال كل امرأة أتزوجها حياني طالق لم يلزمه شيء ولو ضرب لذلك أجلا
فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فبين قال كل امرأة أتزوجها إلى عشر سنين أو عشرين
سنة طالق إن كان مما يشبه أن يعيش إلى مثل ذلك لزمه والام يلزمه والتعمير في ذلك تسعون عاما
وقال ابن المواز قال ابن القاسم العشرون سنة كثير يتزوج وقال أصبغ بعندتصبر وتعفف وقال
أشهب وابن وهب لا يتزوج وإن خاف العنت في الثلاثين قال مالك لا يتزوج في الثلاثين إلا أن خاف
العنت وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن قنبر أن يتسرى فلا ينكح فإن لم يجد فلا ينكح إلا أن
يخاف العنت فإن خاف العنت تزوج ولا شيء عليه وجه قول ابن الماجشون أنه إنما يراعى عمره في
الأغلب ومالوزاد عليه لم يعمل إلى النساء غالبا وذلك تسعون عاما فلذا علق يمينه بمدة تبلغ عمره
التسعين فهو بمنزلة من علق يمينه بجميع عمره فلا يلزمه شيء وإن قصر عن ذلك وأبقى يمينه مدة من
هذا العمر لزمته اليمين ووجه قول ابن القاسم أن مدة العشرين سنة كثير تلحق فيها المشقة ولا
تخلو غالبا من العنت وحال نكاحه أولى من الزنا وقد أجاز ابن المسيب وغيره وإلى نحو هذا ذهب
مالك رحمه الله إلا أنه راعى الثلاثين سنة وإن كانت مدة طويلة إلا أنه لم يعلق الإباحة بخشية العنت
دون طول المدة وأما ابن وهب وأشهب فكل واحد منهما علق الحكم على لفظ اليمين دون ما يؤول إليه
من استيفاء عمره والله أعلم ص * قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت الطلاق وكل امرأة
أنكحها فهي طالق وماله صدقة أن لم يفعل كذا وكذا فحنث قال أما نساؤه فطلاق كما قال وأما قوله
كل امرأة أنكحها فهي طالق فإنه إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضا ونحو هذا فلا يلزمه
ذلك وليتزوج ماشاء وأما ماله في تصدق بثلثه * ش قوله لامرأته أنت الطلاق يلزمه ذلك على
ما قال لأنه مما لا خلاف فيه إذا وقع على هذا الوجه وقوله كل امرأة أنكحها طالق لا يلزم به شيء لما
قدمناه وأوحلف بطلاق امرأة أن تزوجها ثم حلف أن تزوج امرأة تميمية فهي طالق وتلك المرأة
من تميم فتزوجها قال ابن المواز يقع عليها طلقتان ووجه ذلك أن اليمينين كل واحدة منهما غير الأخرى
وكل واحدة منهما من مائة مننت طلقة فلما حلف بهما لزمه طلقتان ويجب على قول أشهب لا يلزمه فيها غير
طلقة واحدة لأنها يمين متكررة في غير واحدة كما لو قال لها إن تزوجتك فأنت طالق ثم قال لها مثل
ذلك ثانية فتزوجها فأنما هي طلقة واحدة

* أجل الذي لا يمس امرأته *

ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها
فأنه يضرب له أجل سنة فإن مسها والافرق بينهما * مالك أنه سأل ابن شهاب متى يضرب له الأجل أم من
يوم يبنى بها أم من يوم ترافعه إلى السلطان فقال بل من يوم ترافعه إلى السلطان * ش قوله من تزوج
امرأة فلم يستطع أن يمسها ظاهره أنه معترض عنها ظن أنه يستطيع ذلك فاعترض عنها لأن المحبوب
المسوح لا يستعمل فيه ذلك إلا أن يكون بمعنى أنه ظهر إلى الزوجة ذلك منه المؤثر في منع الوطء

* قال مالك في الرجل يقول
لامرأته أنت الطلاق
وكل امرأة أنكحها فهي
طالق وماله صدقة أن لم
يفعل كذا وكذا فحنث
قال أما نساؤه فطلاق كما
قال وأما قوله كل امرأة
أنكحها فهي طالق فإنه
إذا لم يسم امرأة بعينها أو
قبيلة أو أرضا ونحو هذا
فليس يلزمه ذلك وليتزوج
ماشاء وأما ماله فليصدق
بثلثه

* أجل الذي لا يمس
امرأته *

* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن سعيد
ابن المسيب أنه كان يقول
من تزوج امرأة فلم يستطع
أن يمسها فإنه يضرب له
أجل سنة فإن مسها والا
فرق بينهما * وحدثني
عن مالك أنه سأل ابن
شهاب متى يضرب له الأجل
أمن يوم يبنى بها أم من
يوم ترافعه إلى السلطان
فقال بل من يوم ترافعه
إلى السلطان

قال ابن حبيب الاعتراض والعنة والحصر والخصاء والجب قال القاضي أبو محمد هي أربعة أشياء الاعتراض والعنة والجب والخصاء قال ابن حبيب والمعترض هو بصفة من يأتي النساء ور بما جامع بعضهن واعتراض عن بعض والعنين قال ابن حبيب لا ينتشر ذكره هو كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينبسط والحصور انفراد ابن حبيب بذكره وقال هو الذي خلق بغير ذكر أو بذكر صغير كالذر وشبهه لا يمكن به وطء وقال القاضي أبو محمد العنين هو الذي ذكره شديد الصغر لا يمكنه الجماع بمثله ولا يتأتى منه انتشار بوجع به لصغره والخصى هو المنتزع الاثنيين قال صاحب العين الخصاء سل الاثنيين ورجل خصى اذا اشتكى أنثيه وقال أبو عبيد عن أبي زيد الخصاء أن تسأل أنثياه سلا فان رضت ولم تخرج فهو الزوج وان شق الصفن فخرجت فهو المشق فان شقت حتى تسقط فهو العصب والمحبوب المقطوع الذكر قال صاحب العين يقال جبت الصبي اذا استأصلت ما هنالك (مسئلة) وأما العنين والخصى والمحبوب فنأقر منهم بحاله فللزوجة الخيار في فرقته دون ضرب الأجل لان كل واحد منهم قد أقر بمعنى لا يرجى برؤيه وهو مما يوجب الخيار للزوجة لما فيه من عدم الاستمتاع أو بعضه وللزوجة في ذلك حق على وجه ما ولدك فرق بينهما وبين المولى (مسئلة) ومن أنكر ذلك منهم فقد قال ابن حبيب في الحصور والمحبوب المقطوع ذكره أو ذكره وأنثياه أو مقطوع الخصى خاصة يعتبرهذا بالجنس على الثوب ونحوه ووجه ذلك انه يدرك ذلك بالجنس من فوق الثوب فيعلم ما يدعى وجوده له من ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه اذا كان غير مصدق فيه وكان للنساء أن ينظرن الى الفروج فيما يصدق فيه النساء جاز للرجال الشهود أن ينظروا الى هذا اذا كان غير مصدق فيه وهو أبين في الشهادة وأبعد مما يكره ويحظر من الملامسة (مسئلة) وأما المعترض فان أقر بذلك فلا يخلو أن يكون حرا أو عبدا فان كان حرا ضرب له أجل سنة قال ابن المواز عن مالك البكر والثير في ذلك سواء ولا خلاف بين الصحابة فيما نعلم فانه مروي عن عمر وابن مسعود وغيرهما الارواية عن علي بن أبي طالب لا تثبت وانفرد داود بقوله لا يوجب للزوج ولا خيار للزوجة وهو محجوج بالاجماع فان برئ في السنة والافرق بينهما ان شاء ذلك وانما ضرب له أجل سنة لأنها مستوعبة لجميع الفصول الموافقة له والمخالفة فأبيع له أن يتعاني في جميعها ليصل الى المعانة على الوجه الذي يوافق مع ما في ذلك من سعة المدة والفسحة لما عسى أن يقع من اعتقال المعانة وعدم المعاني والمعاني به وفي السنة فسحة للوصول الى ذلك كله والله أعلم وان كان عبدا فقد روى ابن القاسم عن مالك أجله ستة أشهر وقال القاضي أبو محمد اختلف في أجل العبيد فوجه القول بانه سنة اعتباره بالحر ولأن الغرض في ذلك اختباره بتأثير الأزمته فيه وذلك يستوى فيه الحر والعبد فأشار الى انها مقولة لمالك وبها قال الجمهور ووجه القول بانه ستة أشهر انها مدة تقربه من الفراق فكان له فيها نصف مدة الحر كمدة الايلاء (فرع) وهذا اذا كان صحيحا فان رفعته وهو مريض فقد روى يحيى ان رفعته وهو مريض فلا يضرب له أجل حتى يصح ووجه ذلك أن عذره ظاهر ولو تعذر عليه الوطء للمرض لم تطلق عليه فلا يضرب له أجل في وقت مرضه (فرع) والسنة في ذلك من يوم ترافعه امرأته الى السلطان قاله ابن المواز عن مالك * قال القاضي أبو الوليد هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندي أن أول السنة من يوم الحكم بها وذلك ان رفعها الى السلطان لا يوجب لها الحكم الا بعد اقرار الزوج أو اثبات ما يوجب لها وبما كان ذلك في المدة الطويلة فاذا ثبت عند الحاكم ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم انفاذ الحكم

والله أعلم (مسئلة) فان وطئ في أثناء السنة واتفقا على وجود الوطء فلا خيار لها وهما على حكم الزوجية
اللازمة فان ادعى الوطء وأنكرته الزوجة فلا يخلو أن تكون ثيباً أو بكرافان كانت ثيباً فالقول قول
الزوج مع يمينه وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقد اختلف في المدنية في المرأة تدعى على زوجها العجز
عن الوطء وينكر ذلك فأفتى فيها مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة بهذا وقال ابن أبي ذئب يخلى معها
ويكون عدلان جارحين فان خرج اليها بقطنه فيها نطفة صدق وقال ابن أبي ذئب يلطخ ذكره
بزعفران فاذا فرغ أدخل عليها امرأتان فان وجدت الزعفران داخل فرجها صدق وروى الوليد بن
مسلم عن مالك والاوزاعي انه يخلى معها وبالباب امرأتان فاذا فرغ نظرتا فرجها فان كان فيه منى فهو
صادق والا فهو كاذب وقد قال محمد بن عمران يخلى معها ثم يخرج ويلازمها امرأتان فان تطهرت
صدق وان لم تغتسل فهي مصدقة فقطى بقول مالك وقال القاضي أبو محمد وجه ما ذهب اليه مالك
انها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر فوجب أن يكون القول قوله ولأن ذلك موكل الى
أمانته قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأصل في هذه المسئلة عندي أنه على السلامة وهي
تدعى عيباً يوجب لها نقض عقد دأقرا بصحته وأما اذا أقر بتعذر الوطء عليه ثم ادعاه بعد ذلك
في الأجل فلم يكن هذا موكولاً الى أمانته لوجب أن يكون القول قولها (فرع) فان حلف
فهم على النكاح اللازم وان نكل أحلفت فان حلفت فلها أن تفارقه وان نكلت بطلت دعواها
ولزمها البقاء على الزوجية وروى ابن حبيب عن مالك ان نكل عند الاجل طلقت عليه
(فرع) فاذا قلنا نطلق عليه اذا حلفت بعد نكوله فانما نطلق عليه عند انقضاء الأجل ولو نكل
قبل الأجل ثم أتى الأجل فادعى أنه أصاب كان له أن يحلف وليس الحكم الانكوله قبل الاجل
بشيء رواه ابن المواز ووجه ذلك أن له أن يتربص عليه الى الاجل فلا معنى لاستعلافه قبل الاجل
لانه ان أصابه قبل الاجل لم يضره عجزه قبل استعلافه ولم ينقض الاجل (مسئلة) وأما البكر
فقد قال القاضي أبو محمد فيهما وإيتان احداهما انها كالثيب والاخرى ان ينظر اليها النساء فان قلن
بها أثر أصابة فالقول قوله وان قلن انها على حال البكارة صدقت عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي
وجه الرواية الاولى وبها قال ابن القاسم أن هذه زوجة ادعت العنة على الزوج فكان القول قوله
كالثيب ووجه الرواية الثانية ان لنا في البكر طريقاً الى معرفة صدق الصادق منهما فكان ذلك
أولى من الرجوع الى أمانته (مسئلة) فان انقضت السنة وأقرا بعدم الوطء كان لها الخيار في
أن تقيم عنده أو تفارقه فان أقامت عنده ثم أرادت الفراق ففي كتاب محمد اذا صبرت عند تمام
الاجل ولم تقم ثم أرادت القيام فلها ذلك وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتية واختلفا
فروى محمد توقف مكانه بغير ضرب أجل وليس لها هي أن تفارق دون اذن السلطان قاله ابن حبيب
وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير اذن من السلطان وجه القول
الاول انه أمر مختلف فيه فلا بد من حاكم يحكم بصحته لاسيما وليس طلاقه بلازم وانما هو اختيار بما
تركته ووجه القول الثاني أن الحاكم لما ضرب الاجل فقد حكم بما يؤول اليه وأخذه به وهذا لانها لم
تحكم بصحة بقاءها معه ولا وجد منها تصریح بالرضى به ولو أظهرت الصبر عليه ففي الواضحة اذا صبرت
امرأة العنين يريد المعتزض ثم بدالها فان كان بعد ثمان ما رضيت لامر وقع بينهما فليس لها ذلك
وان بدالها بعد زمان قالت رجوت أن لا يتأدى به فذلك لها ولو صبرت على العنين أو الخصور لم يكن
لها بعد ذلك خيار (مسئلة) والطلاق في ذلك طلاقاً بئنه ولا رجعة له وان قال قد انطلقت يريد

إذا ادعى الانطلاق بعد الطلاق لانه طلاقاً بان تبع النكاح من الاصابة (مسئلة) وهذا اذا كان صحيحاً فان كان مريضاً عند انقضاء الاجل أو مسجوناً أو مريضاً أو حائضاً ففي كتاب محمد بن القاسم يعرف بينهما ولا ينتظر رواه يحيى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ينتظر به واختاره ابن المواز وجه قول ابن القاسم ان هذا أجل ضرب به الحالك لثبوت الاختيار لها دون امتناع معلوم من جهته فوجب أن يثبت لها الخيار بانقضائه لان الحكم قد تناول انقضائه كما تناول ابتداءه ولذلك فرق يحيى في روايته بين أول الأجل وآخره فقال لا تضرب إلا جالاً لمرض وتطلق عليه عند انقضائه وان كان مريضاً ووجه قول أشهب انه أجل لضرب للإصابة فاذا انقضى لم يعجله له مع وجود مانع كاشهر المولى (مسئلة) ولو انقطع ذكره قبل انقضاء الأجل قال ابن القاسم في كتاب محمد يعجل لها الطلاق حينئذ ولا ينتظر تمام السنة رواه عيسى عنه وروى محمد بن أشهب وعبد الملك وأصبغ وغيره لافراق في شيء من ذلك ولا حجة لها وجه القول الأول انه قد حكم عليه بالافراق لعدم الوطء فاذا قطع ذكره وتعذر الوطء كان بمنزلة من اطلع على انه محبوب فعجل الفراق ووجه القول الثاني ان هذا أمر طارئ عليه في مدة الأجل فوجب أن يبطل الأجل ويثبت النكاح كالمولى يقطع ذكره في أشهر الأجل وقد أجمعوا على ان الأجل يبطل وتثبت الزوجية (مسئلة) وحكم ايقاع الطلاق أن يؤمر الزوج بايقاعه فيوقع منه ما شاء فان امتنع من ايقاعه فان الحالك لم يفسخ نكاحه بطلاق خلافاً للشافعي ووجه ذلك انه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب ولا أوجب فساد عقد فكان طلاقاً كالأوفى الزوج كالفرقة باعتبار الصداق والنفقة هذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وقال القاضي أبو الوائس رضي الله عنه والظاهر عندى انها فرقة يلزم الزوج ايقاعها لحق الزوجية فاذا لم يوقعها حكم عليه بها السلطان فكانت طلاقاً كفرقة المولى (مسئلة) وانما يوقع الحالك عليه طلاقاً واحدة تكون بائنة لانها قبل الدخول فلا رجعة فيها ولا حاجة لاحد الى ايقاع أكثر منهما مع ان الزائد على الواحدة ممنوع فان أوقع أكثر من ذلك فخرج فيه القول على ما تقدم من الخلاف والله أعلم (فرع) فاذا فرق بينهما بعد انقضاء الأجل ففي الموازية روى أشهب عن مالك ان ضرب لها الأجل بقرب البناء فلها نصف الصداق وقد قال مالك مرة لها جميعه وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب عن مالك وان رفعته بعد طول مدة ثم فرق بينهما بعد انقضاء الأجل فلها الصداق كله وجه القول الأول وبه أخذ ابن عبد الحكم ان استيفاء عوض المهر في النكاح يكون على وجهين أحدهما الجاه وذلك يكون بالتقاء الختانين والثاني الاستمتاع بالزوجة وجهازها على وجه المكارمة والمرضاة ولذلك تستحق زوجة المجهوب عليه جميع مهرها اذا طلقها بعد البناء بها فاذا لم يمكن في حق غير المجهوب الوطء جاز أن يكون الاستيفاء بالاستمتاع بالزوجة وجهازها على الوجه المذكور ويجب أن يكون ذلك في طويل المدة دون قصيرها لانه لا خلاف أن ذلك لا يستوفي في الساعة ولا في اليوم ولا يعتبر في طويل المدة بالسنة المضروبة لاختيار الزوج لانه ليس مقتضاها المكارمة والمرضاة وانما مقتضاها المشاحة وطلب الزوجة المفارقة وانما يعتبر في طول المدة بما مضى قبل أن ترفعها الى الحالك لماذا كرهناه فان طال بقدر ما يكون فيها استمتاع الزوج بالزوجة وجهازها كان لها جميع المهر لانه قد وجد منها البذل ووجد منه أحد نوعي الاستيفاء وان قصرت عن ذلك لم يكن لها الا نصف الصداق لانه لم يوجد منها نوع من الاستيفاء ووجه القول الثاني انه قد وجد منه الاستمتاع بالزوجة وجهازها فكان لها جميع الصداق كما لو طال المدة قبل التبع كما في ذلك والله أعلم

(فصل) فأما المجنون فقد روى محمد بن عيسى عن مالك بن أنس أن رجلاً بذي ضره من الجنون والجذام والبرص وذلك أنه على وجهين أحدهما أن يكون الجنون به حين العقد فغرها من نفسه فاختارت الطلاق فإن كان دخل بها فلها الصداق وإن لم يكن بها فلا شيء لها ووجه ذلك أنه إذا غرها من نفسه بالعنة كان لها الخيار وهذا أبين ضرراً فإن يجب لها الخيار به أولى فإن كان حدث به ذلك بعد العقد فعلى حسب ذلك أن كان قبل البناء فلها أن تطلق نفسها ولا شيء لها وإن كان بعده فلها جميع الصداق رواه أشهب عن مالك وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب في المجنون سواء كان جنوناً أفاقة أو مطبقاً إن كان يؤذيها ويخاف عليها منه حيل بينهما وأجل سنة ينفق عليها من ماله فإن برأ والا فهي بالخيار وإن كان يعفيها من نفسه ولا تخاف منه في خلوته بها فلا حجة لها وقال نحوه أشهب ووجه ذلك أن هذا ليس بمعنى مؤثر في الاستمتاع فإذا أعفاهها من نفسه ولم يخف منها عليها فلا خيار لها وأشار ابن حبيب إلى التفرقة بين الجنون الموجود حين العقد والحادث بعده فقال فبين زوج ابنه صغيراً فلما بلغ ظهر أنه أحمق مطبق فأرادت هي أو ولي الصغيرة الفسخ وقالت كان الجنون به قديماً وبالبلوغ ظهر فهذا لا يعرف وهو على أنه حادث (فرع) فإذا اختلفا في فرق بينهما في الجنون ضرب له أجل سنة يتعالج فيها وقد قال مالك يجبس في حديد أو غيره أن يخيف عليها منه وهذا في الذي يخاف عليها منه وهي مع ذلك لا تستوحش من مجالسته ويخاف عليها من ذلك أذى فإن عسدي أنه يفرق بينهما فإن برأ المجنون في السنة قال مالك فإن برأ والا فهي بالخيار ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) والموسوس والذي يغيب مرة بعد مرة سواء رواه ابن المواز قال وقد قال مالك يؤجل الموسوس سنة ووجه ذلك أن هذه معان يعدم معها العقل والميز فاشبهت الجنون (مسئلة) وأما الجذام فقد تقدم من قول مالك أن لها الخيار في الجذام وكذلك أن حدث به ووجه ذلك ما قدمناه من أنه معنى منع الاستمتاع (فرع) ومقدار الجذام الذي يوجب لها الخيار قال أشهب ليس له حد إلا أن يكون بشعاً حسلاً لا يحتمل النظر إليه وتغض الأبصار دونه فلها الخيار وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أنه إذا كان بالرجل جذام لا شك فيه ولم يكن مؤذياً ولا فاحشاً فليفرق بينهما إن طلبت ذلك لأنه لا تؤمن زيادته وأما الخفي الذي يشك فيه ولا يعرف أنه جذام فلا يفرق بينهما ووجه القول الأول أنه لا يمنع نفس الاستمتاع وإنما يلزمه فإذا لم يكن فيه أذى ولا مضرة من قبعة فلا خيار لها ووجه القول الثاني أن النفوس مجبولة على كراهته والنفس ممن هو به وذلك يمنع النشاط إلى الاستمتاع والانبساط إليه فاقضى ذلك منع الاستمتاع كما لو كان الجذام بالمرأة والله أعلم (فرع) ولو شاءت المقام معه ثم قامت بعد سنين فقد قال أشهب في التي لها الخيار بقبح جذام زوجها فشاءت المقام ثم بدا لها فذلك لها وروى عن ابن القاسم ابن المواز أن الإمام إذا خير زوجته الأجدم فاختارت المقام ثم قامت بعد سنين لا حجة لها إذا كان رضاها عند السلطان أو غيره إذا أشهدت الآن بزيادة أمره وروى عنه عيسى أنه قال لا حجة لها إذا قالت ظننت أنه سيذهب ووجه قول أشهب أن هذا أمر يشتد ضرره ويتزايد أمره ولا يكاد يثبت على حالة واحدة ووجه قول ابن القاسم أنها إذا رضيت المقام معه عند السلطان لم يملك السلطان قدحاً يحكم بإسقاط خيارها والله أعلم

(فصل) وأما البرص فقد تقدم من رواية ابن المواز عن مالك أن للمرأة أن ترد الرجل بما يرد بها به من الجنون والجذام والبرص وهذا فيما غرها به وما حدث بالرجل من جنون أو جذام أو برص فلها الخيار

قال مالك وليس حدوث البرص الشديد مثل ذلك ولا سمعت أحدا فرق فيه ولا أرى ذلك وروى عنه أشهب لا يفرق فيه وإن غرها فعلى هذا عن مالك في التي يغرها زوجها وإيتان أحدهما اثبات الخيار لها وبها قال ابن القاسم وابن عبد الحكم والثانية نفيه وفي الذي يحدث به رواية واحدة في نفي الخيار قال ابن القاسم وإن كان ما حدث منه شديدا وروى عيسى عن ابن القاسم في الذي يحدث به من البرص ما خف منه فلا خيار لها وما فيه ضرر لا تصبر عليه فلها الخيار به وقال القاضي أبو محمد واختلف عنه في لبرص إذا غر به والصحيح أنه يثبت لها فيه الخيار والدليل على ذلك قوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ولأنه معنى يؤثر في الاستمتاع للزوج الخيار به إذا كان بالزوجة فكان للزوجة الخيار إذا كان بالزوج كالجناب فذهب القاضي أبو محمد إلى إثبات الخيار لها بهذه العيوب كلها كانت موجودة حين العقد أو ثبتت بعده والفرق بين ما يحدث من ذلك بالزوجة وبين ما يحدث بالزوج أن الزوج يقدر على رفع العقد بالطلاق والزوجة لا تقدر على ذلك فلم يثبت لها الخيار لأدى إلى استدامة الضرر ومآله القاضي أبو محمد يقتضي أن حق المرأة في ثبوت الخيار لها بما حدث بالزوج من ذلك آكد من حق الزوج مما يثبت بالمرأة وهو ظاهر والله أعلم (فرق) والفرق بين ما يوجد منه حين العقد وبين ما يحدث بعد ذلك على رواية من فرق بينهما أنه في الذي كان موجودا به قاصدا إلى الخديعة والاضرار بها والذي حدث ذلك به بعد العقد غير قاصد إليه بما حدث بها منه بعد العقد وإنما يكون له أن يطلق قبل البناء بها ولها نصف الصداق ولها بعد البناء جميعه ولو كان ذلك بها عند العقد لكان له قبل البناء أن يفارقها ولا شيء عليه من الصداق وأما من فرق بين كثير ما حدث منه وقليله ولم يزد كذا فيما كان منه عند العقد فأنما أثبت لها الخيار في كثير من أجل استدامة الضرر ويلزم على هذا أنها إذا رضيت به كان لها القيام به لأنه ليس من وجه العنة وإنما هو من وجه الضرر والله أعلم ص * قال مالك فأما الذي قدم مس امرأته ثم اعترض عنها فأنى لم أسمع أنه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما * ش وهذا على ما قال ابن مس امرأته ولو مرة واحدة ثم اعترض عنها فإنه لا يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ولا حجة لها عليه في ذلك وعلى هذا فقهاء الأصاغر غير أبي ثور فإنه قال يؤجل وهو محجوج بالأجاء قبله ولأن الملامسة الواحدة يكمل بها الصداق فيبطل بها حكم الاعتراض لأنها بمنزلة استيفاء الاستمتاع أجمع إذا منع منه في المستقبل عذر كالومات أحد الزوجين والله أعلم

* جامع الطلاق *

ص * مالك عن ابن شهاب أنه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقيف أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن * ش قد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه أمر غيلان بن سلمة الثقيف الذي أسلم وعنده عشر نسوة أن أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن ولم يجعله أمسك الأوائل ولا غيرهن وذلك يقتضي أنه خير في أن أمسك من شاء منهن ويفارق سائرهن وبذلك قال مالك والليث والشافعي وكذلك لو كانت تحته أختان لكان له أن يختار أيتهما شاء وسواء تزوجهما في عقد واحد أو عقود مختلفة وقال أبو حنيفة ليس له أن أمسك إلا الأوائل فإن تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ثم تزوج من شاء منهن وبه قال الثوري والدليل على صحته ما ذهب إليه مالك الحديث المتقدم ولم يستلذه عن صفته نكاحهن وهو موضع حكم والسؤال

* قال مالك فأما الذي قد مس امرأته ثم اعترض عنها فأنى لم أسمع أنه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما *
* جامع الطلاق *
* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب أنه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقيف أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن

ابن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود
وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى نحل وتنكح زوجها غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فأنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها * وحدثني عن مالك عن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد ابن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب فجلسته فدخلت عليه فإذا سيات موضوعا وإذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألقاها فخرجت من عنده فأدركت عبد الله بن عمر بطريق مكة فآخبرته بالذي كان من شأني فتغيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وإنما

عن أسبابه مع أن الغالب أنه لا يزوجهن في عقد واحد والله أعلم (مسئلة) وهذا مبني على أن أنكحة الكفار فاسدة لعروها عن شروط الصحة لكن إن كان الفساد يقارن العقد فقط فذلك الذي يصححه الإسلام فإن كان يبقى بعد العقد وأدركه الإسلام بطل النكاح وإن انقضى قبل الإسلام صححه الإسلام وذلك مثل أن تنكح المرأة في عدتها ثم تسلم وهي في عدتها فقد قال ابن القاسم يفسخ النكاح قال أشهب وإن لم يكن بنى بها ولو وطئ بعد إسلامه في العدة لم تحل له أبدا وكذلك من تزوج على سنة المتعة فأسلم قبل الأجل ففسخ نكاحه ولو أسلم بعد الأجل ثبت نكاحه بنى أو لم يبن قاله أشهب وذلك كله من كتاب أحمد ووجهه ما تقدم (مسئلة) ومن أسلم وعنده عشرين نسوة فلم يختبر منهن حتى مات قال محمد سمعت من قال انهن يرثن منه الثمن مع الولد والرابع مع عدمه ومن دخل بها منهن فلها صداقها ومن لم يبن بها فلها خمس صداقها قال محمد لانه لم يكن عليه أن لم يدخل بها الا صداق أربع يقسم ذلك بينهن والله أعلم (مسئلة) ولو طلق أربعاً من العشرة فقد قال محمد بن عبدوس ليس له أن يختار من العشر غير الأربعة لأن طلاقه للاربعة اختيار لمن طلق وبالطلاق وقع على المطلقات ووجه ذلك أن الطلاق انما يقع في نكاح وانما يتعلق بالزوجة فإذا وجه الطلاق اليها فقد اختارها زوجة فإذا استوعب أربعاً بالطلاق فقد استوعب من كان له أن يختار ولا سبيل له إلى سائرهن إلا بنكاح جديد كما لو اختار أربعاً ثم طلقهن ص * مالك عن ابن شهاب أنه قال سمعت سعيد بن المسيب وحيد بن عبد الرحمن بن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى نحل وتنكح زوجها غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فأنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها * قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها * ش قول عمر رضي الله عنه أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين يريد ما لم يستوعب الثلاث ثم تركها حتى نحل وتنكح زوجها غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فأنها عنده على ما بقي من طلاقها يريد أن كان طلقها قبل أن يتزوجها الثاني طلاقها إذا رجعت اليه تكون عنده على طليقتين فإن كان طلقها طليقتين قبل الثاني فأنها إذا رجعت للاول لا يبقى له فيها الا طلاق واحدة لأن الزوج لا يهدم من الطلاق الا الثلاث فأما الطلقة والطلقتان فلا يهدم الزوج وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يهدم الطلقة والطلقتين وإذا رجعت إلى الأول بعد أن طلقها طليقتين فأنها تكون عنده على جميع الطلاق كما لو طلقها ثلاثاً ثم رجعت اليه بعد زوج ص * مالك عن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب فجلسته فدخلت عليه فإذا سيات موضوعا وإذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألقاها فخرجت من عنده فأدركت عبد الله بن عمر بطريق مكة فآخبرته بالذي كان من شأني فتغيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وإنما

لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك قال فلم تقرني نفسي حتى أتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فآخبرته بالذي كان من شأني وباللهي قال لي عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك وكتب إلى جابر بن الأسود

الزهرى وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن وأن يخلى بينى وبين أهلى قال
فقدمت المدينة فجهزت صفية امرأة عبد الله بن عمر امرأتى حتى أدخلتها على بعلم عبد الله بن عمر ثم
دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسى الى ولیمتى فجاءنى * ش قوله فدخلت عليه فاذا سيات موضوعه
وقيدان من حديد وعبدان يقتضى مع كمال الحديث أن هذا كان عند عبد الله بن عمر وعبد الله بن
الزبير مما يقع به الا كراه الذى يمنع وقوع الطلاق وروى ابن المواز أن التهديد بالضرب وان قل
وأنت السجن كراه وكذلك أخذ بعض المال وقال فبين مر بعشار فقال فى أمة هى له حرة لاشئ
عليه وروى عيسى عن ابن القاسم فى يمين المكروه ان كان لم يحلف فلا شئ عليه * قال الفاضل
أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن يكون يعلم أن الخالف يقدر على ذلك وأنه ممن لا ينزع
عنه وليس من شروطه أن لا يتحقق ذلك أن لا يسرع فيه وعلى هذا يدل حديث ثابت بن الأحنف

(فصل) وقوله فقال طلقها والا والذى يحلف به فعلت بك كذا وكذا فقلت هى الطلاق ألقا يقتضى
انه طلقها مكرها وقد أفتاه عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير بان ذلك لا يلزمه وهو المعروف من
قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعى وقال
أبو حنيفة يلزم المكروه طلاقه وبه قال النخعي والشافعى وروى عن سعيد بن المسيب والدليل على
مانقوله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا طلاق فى اغلاق والاغلاق الا كراه ومن جهة
المعنى ان هذا طلاق لو أقر به لم يلزمه فاذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون (مسئلة) اذا ثبت ذلك
فسواء أكرهه على ايقاع الطلاق أو الاقرار به أو اليمين به أو الحنث فى يمين لزمته به كل ذلك لا يلزمه لانه
معنى يتضمن الطلاق فلم يلزم بالا كراه كالاقرار

(فصل) وقوله ثم دعوت عبد الله بن عمر الى ولیمتى فجاءنى يقتضى بقاءه على ما أفتاه به من أن
المكروه لا يلزمه طلاق ولذلك حضر ولیمته بنائه بها مع علمه بانه قد كان طلقها مكرها وكتب عبد الله
ابن الزبير الى جابر بن الأسود يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن لما كان من تعديه على ثابت
وظلمه له وان كان ما ألجأه اليه من الطلاق لا يلزمه وهذا هو الواجب على من اليه شئ من أمور المسلمين
أن ينصف ضعيفهم من قويهم والله الموفق للصواب ص * مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال
سمعت عبد الله بن عمر قرأ يأياها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبلى عدتهن قال مالك يعنى بذلك
أن يطلق فى كل طهر مرة * ش قوله فطلقوهن لقبلى عدتهن يحتمل أن يريد به انه سمعه يورد
ذلك على سبيل التفسير فأما القراءة فلا تكون الا على ما تضمنه المصحف ومعنى قوله لقبلى عدتهن
أن يطلقها طاهرا فلك المدة التى تستقبل بها العدة يريد أن تبدأ فيها وهو قريب من معنى قوله تعالى
فطلقوهن لعدتهن لان معنى ذلك أن تطلق فى حالة تعدبها ولا خلاف انه لا يجوز الطلاق فى حال
الحيض فثبت ان الأمر بالطلاق تناول حال الطهر وثبت بذلك ان زمن الطهر هو الذى يقع الاعتداد
به وهو الذى تستقبل العدة به وقوله عن مالك ان معنى ذلك أن يطلق فى كل طهر مرة مما انفرد به
يحيى بن يحيى وقد أنكرت هذه الرواية على يحيى بن يحيى وقيل انها مخالفة لمذهب مالك رحمه الله لان
طلاق السنة عنده أن يطلق طلقة فى كل طهر أى فى أى طهر سأله أن يتدبى به الطلاق ويوقعه مرة
واحدة لا يتبعها فى ذلك الطهر طلقة ثانية وليس فى ذلك الطلاق ايقاع طلاق فى الطهر الثانى ولا المنع
منه لان الأمر جهته التعلق بالعموم ولا يجوز لمن تأول ذلك التعلق بالعموم لانه لا يجوز عنده أن
يطلق فى طهر قد مس فيه والله أعلم

الزهرى وهو أمير المدينة
يأمره أن يعاقب عبد الله
ابن عبد الرحمن وأن يخلى
بينى وبين أهلى قال
فقدمت المدينة فجهزت
صفية امرأة عبد الله بن
عمر امرأتى حتى أدخلتها
على بعلم عبد الله بن عمر
ثم دعوت عبد الله بن
عمر يوم عرسى لوليمتى
فجاءنى * وحدثنى عن
مالك عن عبد الله بن
دينار أنه قال سمعت عبد
الله بن عمر قرأ يأياها النبي
اذا طلقتم النساء فطلقوهن
لقبلى عدتهن * قال مالك
يعنى بذلك أن يطلق فى
كل طهر مرة

• وحدثنی عن مالک

عن هشام بن عروة

ص ١٠٠ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال كان الرجل اذا طلق امرأته ثم ارى معها قبيل أن

تنقضه عدتها كان ذلك له وإن طلقها ألف مرة فمدرج حل إلى امرأته فطلقها حرة إذا شارفت

انقضاء عدتها، اجمعيا ثم طلقها ثم قال والله لا أو وبك الى ولا تحلن ابدأ فنزل الله تعالى الطلاق

م : ان فامساك مع وف : اوتسم عوا حسان فاستقبل الناس الطلاق حديد ام به مؤتم : كان طلاق

: أَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْإِشْرَاقُ ثَمَرًا : مِنَ الْمَدِينَةِ أَنْزَلَ إِلَهُهُ كَانَ بَطْنًا مِمَّنْ أَتَوْتُمُوهُ لِأَجْلِ اللَّهِ وَاللَّهِ يُدْعَىٰ بِهِ لِكُلِّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوا

[illegible]

ولا يريد أن يستأجره إلا أن يرضى به

لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ نَسِيَ اللَّهُ ذِكْرَهُمْ ﴿١٠٠﴾ أَمْ يَحْسِبُونَ أَنَّ اللَّهَ لَا يَعْلَمُ أَعْمَارَهُمْ

الرجل منه وانة ليس له من ذلك الا طلاقا لعنه ما رجعه وطلقه ناسه لا رجعه بعد خافطع بذلك

تبارك وتعالى ضرر من كان يسلمهم الطلاق والارجاع يمنع بذلك الزوج من ان يحل لغيره

ولا يعيدها هو الى حال الزوجيه الى يقضيها عقد النكاح من الامساك بالمعروف وقصد المواصله

فقد ر الله تعالى بهذه الآية ان جميع ما الزوج في المراء ملاك تطبيقا فادا اسوعها في فله اولها

ووقت واحد اوقات لم يبق له فيها رجعة ولا كان له ان يمنعها من نجاح غيره اذا انقضت عدتها

ومعنى الآية أن الطلاق الرجعى مرتان ويحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى فامسك بمعروف

أوتسريح باحسان ان هذا حكم الطلاق الرجعي وهذا الزوج وله أن يمسكها باحسان يريد والله أعلم

على المواصلة والمقصود بالزوجية لا يضارها ويطول عليها بالرجعة عذتها ولذلك قال تعالى ولا

تمسكوهن: ضمائر التعتد وايريد في تطويل العدة عليهن أو يسرحها باحسان ان لم تكن له بها

حاجة فان طاعة بعد ذلك فلا تتحل له حتى تنكح زوجا غيره يريد والله أعلم الطلقة الثالثة

(فصل ١٠) وقوله تعالى ولا تمسكوهن بزناهن التعتدوا نهارهن الله هذه الآية عن أن يكون الارتجاع الذي

أبى له على وجه الاضمار واعلم به انه وان كان قد سئل فيه حكمه فانهم قد اُمرُوا بانقاؤه على وجه

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[illegible]

طلاق السکران فعلا اذا طلق السكران جاز طلاقه وان كان من بين من لا یستلزم طلاقه

عندما س قوهما اذا طلق السدرا جاز طرفة وهو مذهب من اصباب وعني بن ابي حبيب

والحمي والسعي وابن سيرين والبراءة بن مالك وأبو حنيفة وأبو رباح والنسائي

في ذلك قولان أحدهما يترجمه الطلاق وعليه أن تراخى جلدك ولا تنال في لا يترجمه وبه قال المترجم وروى ذلك

عن عثمان بن عفان وربيعة ويحيى بن سعيد الأنصاري والدليل على ما نقوله أن كل من لزمه القطع

بالسرقة والنقصان في القتل لزمه الطلاق أصل ذلك الصحيح ولا خلاف في إلزامه القطع بالسرقة

الاماروى عن عثمان اللينى وليس ممن يعتد بخلافه وهو محجوج بالاجاع قبله وأما القصاص فى القتل

فلا خلاف فيه * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والذي عندي في هذا أن السكران المذكور لا يذهب

عقله جلة وانما سعين مع صحة قصده الى ما يقصده ولذلك يقتص منه في القتل ولا خلاف فيه وأمالو بلغ

الى حد أن نغمي عليه ولا سق له عقل جلة فهذا لا يصح منه تطبيق اذا بلغ هذه الحالة ولا يتبأن منه ضرب

ولا قصد الى قتله ولا غيره وانما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر لان سكر الخمر ليس بمنزلة

الحنون الذي، يذهب العقاب، جلة، وإنما يتغير العقل تغيراً محترى* منه على، معان لا محترى* عليها

صاحباً كالسيف، ولمعاً انواراً، جدي الاغناء، ما اقتصر منه ولا لانه طلاق ولا غيره كسائرهم: أغنى عليه

پیشہ ورانہ معیار

(فرع) وأما من سقى السكيران ثم حلف بطلاق أو غيره فقد قال أصبغ في العتبية لا يلزمه شيء وهو كالبرسام وهو لم يدخله على نفسه ولو قصد شربه على وجه الدواء والعلاج فأصابه ما بلغ ذلك منه فلا شيء عليه وليس كشارب الخمر ومعنى ذلك أن شرب السكيران يذهب العقل ويجعل صاحبه كالبرسم وقال ذلك في المريض يطلق في هنيئته لا يلزمه ولو طلق وقد ذهب عقلة من المرض ثم صح فانكر ذلك حلف ولم يلزمه وأما شارب الخمر فلتنكب سكره ومعناه الاجترار على المعاصي وتشعب الاماني مع بقاء كثير من الميزالذي يلزمه به القصاص والحدود ولم يختلف أصحابنا في أن الحدود والطلاق تلزمه وأما ما لم يتعلق بتعريم ولا كان فيه عتق كالبيع والنكاح والهبة والصدقة وعطيته وانكاح ابنته وافراره بالدين قال سحنون لا يجوز شيء من ذلك وهو ظاهر قول مالك وقال ابن نافع يجوز عليه كل شيء كالبيع وغيره ووجه قول مالك أن أقل أحواله حال سكره أنه سفيه فلا يلزمه شيء من ذلك كما لا يلزم السفيه ووجه قول سحنون أن هذه حقوق لازمة كالطلاق والحدود ووجه قول ابن نافع أن من ليس محجور عليه ومعناه الميز ما يجب عليه به القصاص فإنه يلزمه سائر أفعاله كالصاحي وأما وصيته فقد قال سحنون ما كان منها له الرجوع فيه فلا يجوز عليه وما لم يكن له الرجوع كالعتق المبطل فهو لازم ثم رجع سحنون بالعشي فقال تلزمه وصيته بالعتق ووصيته لقوم ولا يكون أسوأ حالا من الصبي والسفيه تجوز وصيتهما فالسكران أحرى أن تجوز وصيته وانما يلزمه البيع لأنه لا يلزم الصبي ولا السفيه ض * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا * ش قوله إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما ما يقتضي أن لها عليه نفقة لازمة له تقابل استحقاقه لاستدامة نكاحها والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ومن جهة المعنى ما قدمناه من أن النفقة في مقابلة استدامة الاستمتاع ولا خلاف في ذلك وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج * والباب الثاني فيما يسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز * والباب الثالث في قدر النفقة وصفتها * والباب الرابع فيما يجب من الخيار بالاعسار عن ذلك

(الباب الاول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج)

تجب النفقة على الزوج الحر لزوجته الحرة مادامت الزوجية بينهما باقية ولم يكن من قبلها نشوز وذلك إذا دخل بها أو دعي إلى الدخول بها وكانا جميعا من أهل الاستمتاع وهو أن يكون الزوج بالغاً وتكون هي ممن يستمتع بثلاثها ويمكن وطؤها وان لم يبلغ فان كان الزوج ممن لم يبلغ أو كانت هي ممن لا يمكن وطؤها الصغرى فلا نفقة لها خلافاً للشافعي في ترك اعتبار ذلك في أحد قولي ووجه ذلك أن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض من النفقة كالمطلقة البائنة (مسألة) وهذا إذا كان الزوجان موسرين فان كان معسراً فلا تلزمه نفقة لقوله تعالى لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً فان أيسر بعد ذلك لم يتبع بما أنفقته على نفسها حال اعساره ووجه ذلك أنه حق لا يتعلق بئمة الزوج وانما يتعلق بماله فلا يلزمه إذا أيسر (مسألة) فان كان موسراً وأراد السفر نظر إلى قدر سفره فوضع لها من النفقة بقدر ذلك أو أقام جيلاً قاله ابن المواز وهو من ذهب ابن القاسم وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس لها عليه جيل بالنفقة وجه القول الاول أنه إذا غاب تعذر عليها تحصيل النفقة من جهته فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

سفره كالذي عليه الدين يريد سفره يقتضي حلول أجله قبل إيايه فعليه أن يوجه وجهها لقضائه
 ووجه القول الثاني أن هذه نفقة زوجة فلم يجب على الزوج توثيقها كالحاضر المقيم معها (مسئلة)
 وإذا غاب الزوج موسرا واحتاجت الزوجة إلى نفقة فلا يخلو أن تنفق على نفسها لترجع عليه
 أو ترفع ذلك إلى السلطان فإن أنفقت على نفسها ثم قدم زوجها فافر بذلك دفع اليها ما أنفقته إلا
 أن يكون أكثر مما يفرض لئلا يفرض عليه أن يمنع الزائد على ذلك وإن مانعها في ذلك فلا يخلو أن
 تدعى أنه أوصل اليها ما أنفقته وإن كان معسرا مدة غيبته فإن ادعى أنه أوصل اليها فإن كانت لم تشهد
 فالقول قوله لأن الظاهر أن ما في بيته من نفقة وما أشبهها له وإن كانت أشهدت على ذلك أهل محلها
 وجيرانها فلما قدم زعم أنه خلف النفقة أو بعث بها ووصلت في العتية وكتاب محمد عن ابن القاسم
 يحلف الزوج ويصدق كالحاضر ووجه ذلك أنه لم يتقدم في ذلك قضاء عليه ولا أمر من الحاكم لها
 بالانفاق على نفسها فلما عريت قصتها من حكم الحاكم لم يؤثر في ذلك الأشهاد (مسئلة) وإن كانت
 رفعت ذلك إلى الحاكم من الحكم فقد قال ابن القاسم إن القول لها من يوم رفعت ذلك وقاله أصبغ
 وراه كالحكم لها ووجه ذلك أنها رفعت ذلك إلى الحاكم ونظر في أمره ولم يجعله مالا وأباح لها الانفاق
 على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول فيه قولها (مسئلة) فإن قال كنت معسرا
 في تلك المدة فما أثبت فيه عدمه فقد روى محمد عن ابن القاسم أنه إذا قدم اتبعته بما كان في مدة الحكم
 لها موسرا وسقط ما كان فيه معسرا سواء كان وقت الحكم أو وقت القدوم معسرا أو موسرا ومعنى
 ذلك أن هذا ضمنه حكم الحاكم لأنه لا يجوز له أن يلزم النفقة معسرا ولا أن يسقطها عن موسر وفي
 كتاب ابن حبيب أنه إن جهل أمره وأرادت أن ترجع عليه فذلك لها ويشهد لها بذلك الإمام أنه إن
 كان مليا فقد فرضت لها عليه نفقة مثلها من مثله ويؤرخ اليوم ويذكر الشهر فلا يؤثر على هذا الحكم
 إلا في تحقيق ما ثبت عنده من حاله في عسر أو يسر وفي إزالة يده عما تنفقه بحكمه والله أعلم (فرع)
 فإذا ثبت عسر أو يسره فعلى ما تقدم وإن جهل أمره ففي كتاب محمد عن ابن القاسم إن المعتبر الحالة
 التي يقدم عليها فإن قدم معسرا فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار وإن قدم موسرا لم يصدق في ذلك
 الابينة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه على الحالة التي خرج عليها فإن خرج معسرا فهو
 على ذلك وإن خرج موسرا فهو على ذلك وإن لم يعلم على أي حاله خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم
 البينة بالاعسار وفي العتية عن ابن كنانة وسحنون إن القول قوله وعلى المرأة البينة ووجه قول ابن
 القاسم أن الحالة التي قدم عليها هي الحالة التي يجب أن تعتبر لانها حالته يوم الحكم عليه فإذا لم يكن يسار
 مما تحمل عليه أحواله قبل ذلك فهذه الحالة الأولى لانها ثابتة له يوم الحكم عليه ووجه قول ابن
 الماجشون أن الحالة التي فارق عليها يجب استصحابها حتى يبين خروجها عنها ووجه قول ابن كنانة
 أن الأحوال تختلف وتنتقل فلا يعتبر بحال والأصل عدمه لا سيما فيما ثبت ولا يتعلق بالذمة
 (فصل) وهذا إذا كانا حريين سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فإن كانا عبيدين أو أحدهما فإن كان
 العبد له زوجة حرة فقد قال ابن المواز لا خلاف إن العبد عليه أن ينفق على زوجته الحرة قال مالك
 ويقال له انفق أو طلق وأحب إلى أن تشترط عليه النفقة بأذن سيده ووجه ذلك أن هذا من أحكام
 الزوجية فلزم الزوج العبد كالصداق وانما يستأذن السيد لتعلق حقه بمال العبد (مسئلة) فإن
 كانا عبيدين أو كانت الزوجة أمة ففي الواضحة أن على العبد النفقة على زوجته الأمة لا على سيده وروى
 أشهب عن مالك لا نفقة لها إلا أن تشترط عليه وذكر ابن المواز عن مالك أن الأمة إن بوئت مع زوجها

الحر أو العبد فعليه نفقتها وكسوتها وإن كانت عند أهلها فلا نفقة لها إلا أن تشترط ذلك عليه في عقد النكاح ثم قال أيضا إن كانت تبيت عنده بالليل خاصة فعليه نفقتها وكسوتها ثم قال لها النفقة بكل حال كانت تبيت عنده أو عند أهلها وإلى هذا رجع ابن القاسم وروى ابن وهب عن مالك أن كانت هي تتيه فعليه النفقة وإن كان هو يأتها في أهلها فلا نفقة لها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك نفقة الأمة وكسوتها على أهلها وعندهم عدتها حتى يشترط ضمها إليه وعليهم أن يرسلوها إليه في كل أربع ليال ونفقة تلك الليلة ويومها عليه وإن ردها في صبيحة تلك الليلة أو تركها عندهم تلك الليلة فنفقة يوم وليلة من كل أربع ليال لازمة له وقال أصبغ النفقة عليه حيث كانت وهي مع أهلها حيث كانوا حتى يشترط ضمها إليه

(الباب الثاني فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز)

أما ما يسقط النفقة عن الزوج فالطلاق البائن لأنه يمنع الاستمتاع بأي وجه وقع من عوض أو غير عوض وإن كانت حاملا فلها النفقة من أجل الحمل لا من أجل الزوجية لقول الله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وأما الناشز فقد قال القاضي أبو محمد لا نفقة لناشر خلافا للحكم وعلى هذا شيوخنا العراقيون وأما المغاربة فقد قال محمد بن المواز في المرأة يغيب زوجها فتخرج من منزله وتأبى أن ترجع ويأبى أن ينفق عليها حتى ترجع قال مالك لها اتباعه بذلك وروى ابن سحنون عن أبيه في المرأة تهرب من زوجها إلى تونس أو تنشر عنه الأيام فتطلبه بالنفقة فقالت فعلت ذلك بقبضة فيه فلها النفقة كالعبد لا بقبضة على سيده قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك أن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه فاذا عدم التمكين لم تجب النفقة كالتمن والمثمن في البياعات ووجه القول الثاني أن النفقة في مقابلة الاستباحة فتى كان الاستمتاع مباحا وجبت النفقة في مقابلة ذلك ولا تسقط بمنع النكاح كما لا تسقط نفقة العبد بالابق والله أعلم

(الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها)

فأما قدر النفقة وصفتها فقد روى ابن المواز وابن حبيب أن نفقة الزوجة بقدر العسر واليسر قال ابن القاسم ويراعى قدرها من قدره ويراعى غلاء السعر قال مالك وليس الموضع كغيرها ويفرض للرضع ما يقوم بهما في رضاعها (مسئلة) وليست النفقة بمقدرة خلافا للشافعي في قوله إنها مقدرة معتبرة بحال الزوج خاصة فعلى الميسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى العسر مد والدليل على ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال له نذبت عمته خذ ما يكفيك وولدك بالمعروف ومن جهة المعنى أن أحوال الناس مختلفة فاذا خالف حال الغنى حال المتوسط خالف أيضا حال الغنى حال غنى آخر دونه في الغنى لأن الزوجة لها حق وللنفقة تعلق بها فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر والله أعلم (فرع) إذا ثبت ذلك فقد روى ابن المواز عن مالك يفرض للمرأة مد بمدى وإن كل يوم وهو مد وثلاث بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن حبيب اتخذه هشام بن اسمعيل لفرض الزوجات فاستحسنه مالك ووجه ذلك أن هذا غالب أقوات الناس لأن مد النبي صلى الله عليه وسلم لا يبلغ السعة من القوت والله أعلم قال ابن القاسم يفرض لها في الشهر وبيتان ونصف إلى ثلاث وبيات قال ابن حبيب وفي الوبيات اثنتان وعشرون مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم قال وأرى القفيز القرطبي في الشهر وسطا عندنا وفيه أربعة وأربعون مدا فيحتمل أن يكون ذلك لأن ابن القاسم إنما فرض الوبيتين ونصفا

الى الثلاث بمصر وهي أرخص سعرا وأوسع عيشا واختار ابن حبيب القفيز بالاندلس وقد قال مالك ان الويتين وسط من الشبع بالأمصار وذلك نحو القفيز القرطبي قال مالك وان مدا بمدا النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لوسط من عيشهم فبين ان في البلد في ذلك تأثيرا راعى لان الناس انما يحملون على عادتهم في سعة الأقوات وضيقها فلوا لم رجال المدينة أقوات أهل الآفاق لاجحف ذلك بهم ولو قصر نساء أهل الآفاق على أقوات أهل المدينة لاضر ذلك بهم فكل يحمل على عادته وما ألف من قوته قال ابن القاسم ان كان ممن له السعة زيد عليه وان كانت سعته أكثر من ذلك زيد عليه أكثر من ذلك حتى الخادم ونفقة قال ابن المواز واذا كان العيش البر فالأقل مما تعيش به وتختلف أحوال الناس في ذلك فيكون الرجل يعمل بيديه ويقل كسبه فيفرض عليه بمصر وبيتان في الشهر فأشار الى ان ذلك من أقل أقوات أهل مصر (مسئلة) هذا أصل القوت ويضم الى ذلك درهم الطحين والخبز والخطب والماء وازيت قال ابن حبيب وغسل ثوب وخل ولا يفرض على أهل السعة اللحم كل ليلة ولكن المرة بعد المرة قال ابن حبيب ولا يفرض لها فاكهة ولا صبر ونحوه ولا ينقص من هذا لفقرهما ولا يزداد عليه لغناهما اذا تشاحا يريد والله أعلم ان هذه وجوه لا بد من استيعابها بالانفاق ولا يضاف اليها غيرها وان وقعت الزيادة والنقص في معتاد على ما قاله ابن القاسم وقد فسر ذلك ابن المواز فقال ويضاف لذلك حناء لمشط رأسها ودهنه وسراجها وقال ابن حبيب دهن لرأسها وسراجها ابن المواز وهذا اللوسر والمعسر الا ان الموسر يزداد عليه بقدره من قدره يريد في مقادير هذه الأشياء قال فان كان العسر بينا فالأقل مما تعيش به وتختلف في ذلك أحوال الناس قال ابن حبيب لها في الشهر من الزيت نصف ربيع ومن الخل ربع ومن اللحم على الملى بدرهم في الجمعة ودريهمان أو ثلاثة في صرفها من ماء وغسل ثوب وطحن وخبز وغيره وروى أشهب عن مالك ان أراد أن يطعمها الشعير فان كان الناس قدأكلوه فذلك له وان كان القمح هو الذي يؤكل فذلك عليه ومعنى ذلك أن يكون الشعير قوت أهل ذلك البلد أو يقل القمح ويعز لغلاء السعر حتى يأكل أكثر الناس الشعير ممن هو في منصبه وعلى مثل حاله فهذا له أن ينفق الشعير وان كان البلد قوت أهله القمح وكان وقت خصب فأراد أن يختص بالشعير لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما الثياب فهي على ضربين ثياب لباس وهي ما تنتقل بانتقالها وثياب تلبس على وجه التغطية والغطاء والفرش واسم اللباس أظهر في الأول فقد قال ابن حبيب عليه قميص وفرو لشتائها من لباس مثلها من جوارب أو فئيات وقمص يوار به ومقنعة وان لم تكن فخار وان لم يكن فازار وخفان وجوربان لشتائها وقال ابن المواز عليه في اللباس بقدرها من قدره من غير خز ولاوشى ولا حرير يريد وان كان متسعا فعليه ما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخار ومقنعة وسنبية وازار وغير ذلك مما لا غنى لها عنه وان كان مثلها يلبس القطن ومثله يقدر عليه فرض عليه وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتية في الموسر له زوجة ذات شرف فليفرض عليه من الثياب الوسط مما لا يعريها اذا البسته ولا يجحف بماله ولا يلزمه من العصب الا غليظه وكذلك من الشطوى والخز قال يحيى بن يحيى يعني في بلد يكون شيء من ذلك لباسهم ويكون ما يفرض على مثله في قدر ماله قال أشهب منهم من لو كساها الصوف أدب وذلك على أقدارهم قال مالك ليس الصوف من لباسهن ولكن يحكم بما يرى انه من لباسها والذي ذكره ابن حبيب من الفرو والقميص عليه انما ذلك لانه كان زى بلده في ذلك الوقت وانما يتبع في ذلك زى الناس في وقت الحكم ولا يخرج مع ذلك عما تقدم من أقوال العلماء (مسئلة)

وأما الوطاء والغطاء والفرش فقد قال ابن حبيب ان كانت حديثة عهد بالبناء وعندها شورتها من صداقها فلا شيء عليه وله أن يتقنع معها بأزرها وبسطها وهرافقها وسائدها قال أصبغ انما يفرض ذلك للتي لا شورة لها ولا شيء معها قال ابن حبيب فان طال العمر وخلقت الشورة أو لم يكن في صداقها ما تنشور به فعليه الوسط من ذلك للصيف والشتاء يفرض لها فراش وهرفقة وازار وحاف ولبس للشتاء وسريران كان بموضع يحتاج اليه لبراغيث أو فأر أو غير ذلك والافلاس ير عليه وذكر ابن المواز عن ابن القاسم مثله الا اللبد فلم يذكره قال ابن حبيب عليه حصير من حلفاء أو بردى يكون تحت الفراش ومعنى ذلك كله ان هذا الأصل في كسوتها فيزاد في الجودة وينقص من ذلك على قدر حالها وحاله والله أعلم (مسئلة) قال ابن المواز وعليه خمار رأسها قال ابن حبيب وعليه دهن رأسها وشراء حناء ومشط وكحل وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس عليه نضوخ ولا اصباغ ولا المشط ولا المكحلة وروى يعقوب بن يعقوب عن ابن وهب لها الحناء لرأسها وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين الا أرشاء * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها الا ما تستضر بتركها اياه كالكحل الذي يضر تركه يبصر من يعتاده والمشط الذي بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك لان ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه والذي نفي ابن القاسم انما هو المكحلة ولم ينف الكحل نفسه فتضمن القولان ان الكحل يلزمه دون المكحلة وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الحاء كم يخير بين أن يأخذ بهذه الأشياء أو بأثمانها وذلك لانه يحتاج الامام الى أن يجتهد في صفاتها ان حضرت كما يحتاج أن يجتهد في قيمتها وان غابت فأى ذلك كان أسهل عليه وأقرب تناولا وأبين وصولا الى الحق أخذه وكان الاختيار في ذلك اليه لانه هو الذي يقصد العدل في ذلك فله أن يصل اليه بأي وجه أمكن له وأيسر عليه (فرع) ولكم يفرض لها عليه قال ابن سحنون عن أبيه ان ذلك بقدر ما يرى السلطان من جدته فن الناس من يجري عليها يوما بيوم ومنهم جمعة بجمعة ومنهم شهر بشهر (مسئلة) واداولدت المرأة فقد قال أصبغ أجز القابلة على الزوج وقال ابن المواز ان كانت المنفعة للمرأة فذلك عليها وان كانت للولد فذلك على الأب وان كانت لهما فذلك بينهما * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والأظهر قول ابن حبيب لانها من المئون التي لا تستبد عنها الزوجية غالباً واد اوجبت عليه النفقة والكسوة والمرأة تنفرد بمنفعة ذلك فبأن يجب عليه ذلك ولا تنفرد المرأة بمنفعته أولى ولذلك ينفق على الحامل بسبب الحمل وان كان معظم المنفعة للحامل وليس عليه أجز الحجامة ولا الطيب قاله ابن حبيب وذلك لانها من المئون التي تندروا بما يلزم الزوج مالا تستبد منه من المئون المعتادة كالطعام والشراب ولذلك لم تلزمه الفاكهة لما كانت مما تستبد عنها من المئون وتستغنى عن استعمالها (مسئلة) وعليه اخداها ان كانت ممن لا تخدم نفسها لحالها وغنى زوجها وليس عليها من الخدمة الباطنة في بيتها شيء والخدمة الباطنة هي العجن والطبخ والكنس والفرش وسقي الماء اذا كان معها وعمل البيت كله وعليه أن يخدمها وان كانت من أهل الضعة وليس في صداقها ما تشتري به خادما فليس على الزوج أن يخدمها وعليها الخدمة الباطنة وأما الغزل والنسج فليس له ذلك عليها بحال الا أن تطوع وان كان الزوج مليا الا أنه في الحال مثلها مالم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتنون نساءهم في الخدمة وان كان الزوج معسرا فليس عليه اخداها وان كانت ذات قدر وشرف وعليها الخدمة الباطنة كالدنية ووجه ذلك ان الخدمة جارية

على المعتاد من الأحوال واعتبار حال الزوج في ذلك أولى لان المنزل له والحال جارية على قدره وحال النساء في ذلك اعتبار فان كانا رقيقا الحال فالخدمة ساقطة وان كان هو شريفا رفيع الحال فلا خدمة عليها وان لم يكن كذلك وكان غنيا روعى في هذا شرفها مع غناه فلها الخدمة وان كان فقيرا لم ينفعها شرفها وكانت الخدمة عليها ذكر معنى ذلك كله ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) والذي يلزمه من الخدمة الانفاق على خادمها وان قال أنا أدفع اليها خادما ولا أنفق على خادمها ولم ترض هي الا بخادمها فذلك لها ويلزمه أن ينفق عليه وان لم يخدمه رواه ابن الموار عن مالك ووجه ذلك ان خادمها أطوع لها وخدمة خادمها أرفع لحالها فليس عليه أن يضربها في ازالتها عنها وابدالها بغيرها (مسئلة) اذا كان مثلها لا تكفيها خادم واحدة وحاله يحمل لزمه أن يخدّمها خدمة مثلها خلافا لأبي حنيفة والشافعي لقوا تعالى وعائش وهن بالمعروف ومن جهة المعنى أن خدمة الثانية خدمة تحتاج الزوجة اليها مع أن حالها يليق ذلك بهما فكانت لازمة للزوج كخدمة الخادم الاولى

(الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالاعسار عن ذلك)

مذهب مالك رحمه الله ان الاعسار بالنفقة والمؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه وبين أن تقيم معه بالنفقة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يفرق بينه وبين امرأته بذلك والدليل على ما نقوله ان هذا نوع ملك تستحق به النفقة فكان للاعسار بها تأثير في ازالته كملك الميم (مسئلة) وان أعسر بمثل قوتها غير أنه يجد أدنى من ذلك مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش فاعدم الزوج حتى لا يجد الا كسوة دنية وقوتادون قوت خادمها من قح أو شعير أو سلت غير مأدوم روى يحيى عن ابن القاسم في العتية لا يفرق بينهما ورب بلد لا ينفق فقيههم وغنيهم الا الشعير وقال ابن حبيب ان لم يجد الا الخبز ونحوه وما يوارى عورتها ولو بثوب واحد قال مالك من غليظ الكتان لم يفرق بينهما كانت غنية أو فقيرة ووجه ذلك انه اذا اضطر لعسر الى أن ينفق قوتا ليس من أقواتها فليس ذلك مما يوجب لها الخيار لانه واجد لقوت معتاد وانما يجب لها الخيار اذا لم يجد قوتا معتادا (مسئلة) فان عدم أحد الأمرين النفقة أو الكسوة وجد الآخر فقد قال ابن وهب يفرق بينهما رواه ابن حبيب عن مالك ومعنى ذلك ان طلبته ووجه ذلك انه معسر بما يلزمه لها بحق الزوجية (مسئلة) وان أعسر بالصدّاق قبل البناء قال سحنون أو بيعه فلها الخيار ووجه ذلك ان المهر أكثر اختصاصا بالنكاح من النفقة لانه عوض البضع ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالاعسار بالنفقة فبأن يكون الخيار بالاعسار بالمهر أولى وأحرى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أعسر بالنفقة واختارت الفرقة فقد روى مطرف عن مالك يؤجل الشهر والشهرين قال أصبغ ان لم يطمع له مال فلا يؤجل الا الشهر لا يبلغ الشهرين وقال القاضي أبو محمد قيل يؤجل الشهر وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها وهذه الرواية رواها ابن حبيب عن مالك انه قال وماعلمت انه يضرب أجل في النفقة الا الأيام اليسيرة قال محمد وقول أصحابنا فيه الشهر وقاله مالك وقال ابن وهب ويستأني لمن لم يجد الكسوة شهرين وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحكماء فيؤجل للذي يرجوه احرار النفقة مالا يؤجل لمن لا يرجوه أو لمن يضعف فيه الرجا ما لم يضرب ذلك بالمرأة اضرارا كثيرا وعدم بعض الأشياء أحيق من عدم بعض وقد روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب عن مالك في واجد النفقة دون

﴿ عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا ﴾ (١٣٢) * حدثني يحيى عن مالك عن عبد ربه بن سعيد

ابن قيس عن أبي سلمة
ابن عبد الرحمن أنه قال سئل
عبد الله بن عباس وأبو
هريرة عن المرأة الحامل
يتوفى عنها زوجها فقال
ابن عباس آخر الاجلين
وقال أبو هريرة اذا ولدت
فقد حلت فدخل أبو سلمة
ابن عبد الرحمن على أم سلمة
زوج النبي صلى الله عليه
وسلم فسألهما عن ذلك
فقالت أم سلمة ولدت سبيعة
الاسمية بعد وفاة زوجها
بنصف شهر فخطبها رجلان
أحدهما شاب والآخر
كهل فخطبت الى الشاب
فقال الشيخ لم تحلى بعد
وكان أهلها غيبا ورجا اذا
جاء أهلها أن يؤثروه بها
فجاءت رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال قد
حلت فانكحي من شئت
* وحدثني عن مالك عن
نافع عن عبد الله بن عمر أنه
سئل عن المرأة يتوفى
عنها زوجها وهي حامل
فقال عبد الله بن عمر اذا
وضعت حملها فقد حلت
فأخبره رجل من الانصار
كان عنده أن عمر بن
الخطاب قال لو وضعت
وزوجها على سريرها لم
يدفن بعد حلت

الصداق يؤجل في الصداق ثلاث سنين وقال أيضا سنتين قال ابن حبيب عن أصبغ وان عجز عن
النفقة والصداق لم يوسع له في أجل الصداق وهذا كله على ما تقدم والله أعلم (مسألة) وهذا اذا
تزوجته على الغنى أو تزوجته عالمة بانه محتاج الا أن تكون عرفت بانه سائل يتكفف الناس فلا
حجة لهارواه ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب عن مالك أو عامت انه فقير لا يجزى النفقة على
النساء لفقره فلا قول لها قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك انها راضية بعيبه فقد أقدمت على معرفتها
بحاله كمشتري السلعة بها عيب يعلمه فلا رد له به (مسألة) اذا حكم عليه بالفرقة فهي فرقة بعد
البناء لم يستكمل بها عدة الطلاق ولا كانت لعوض ولا لضرر بالزوج فكانت رجعية أصل
ذلك طلاق المولى وصحة رجعة معتبرة بيساره فان ارتجع كانت رجعية موقوفة فان أيسر في العدة
صحت رجعة وان لم يسر حتى انقضت العدة بطلت الرجعة وبانت منه بانقضاء العدة والله أعلم

﴿ عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا ﴾

ص * مالك عن عبد ربه بن سعيد بن قيس عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن
عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الاجلين وقال أبو هريرة
اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسألهما
عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبيعة الاسمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما
شاب والآخر كهل فخطبت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن
يؤثروه بها فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحي من شئت * مالك عن نافع
عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت
حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها
على سريرها لم يدفن بعد حلت * ش قول أبي هريرة وعبد الله بن عباس في الحامل برأيهما دون
نص ولم تنكر عليهما أم سلمة ولا أبو سلمة ولا أحد دليل على الاجماع بالقول بالرأي والقياس فيما لم يكن
عندهم فيه نص ولو كان عند أبي هريرة النص الذي أظهرته أم سلمة لاحتج به كما احتج به أم سلمة
لانهم انما كانوا يبدون في احتجاجهم بالنص ولو احتج به أبو هريرة لرجع عبد الله بن عباس عن
مخالفته وترك معارضته كما أمسك عن المراجعة لما ورد عليه النص ولذلك روى عن ابن عباس انه
رجع الى القول بحديث سبيعة وهي سبيعة بنت الحارث الاسمية ان الحامل تحل بالوضع وبه قال
علماء الأمصار ولا نعلم فيه خلافا الا ما روى عن ابن عباس وقد رجع عنه وقد روى عن علي بن أبي
طالب رضي الله عنه رواه الأعمش عن أبي الضحى عن مسروق قال بلغ ابن مسعود أن عليا يقول
هي لآخر الاجلين يعني الحامل المتوفى عنها زوجها فقال ابن مسعود من شاء لاعنته ان هذه التي في
سورة النساء القصوى وأولات الأجل أن يضمن حملهن نزلت بعد التي في البقرة والذين
يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وليس بين الحديث والآية
تناقض لان المراد بالآية من ليس بحامل بدليل ان الحمل استمر بها أكثر من أربعة أشهر وعشر لم
تنقص العدة بأربعة أشهر وعشر فتضمنت الآية حكم الحامل والحديث تضمن حكم الحامل وهو من
آخر ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم لان سبيعة الاسمية كانت تحت سعد بن خولة فتوفى عنها بمكة
في حجة الوداع وأما عبد الله بن مسعود فذهب الى معنى النسخ ولذلك قال أنزلت الآية التي في سورة

* وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلت (١٣٣) فانكحى من شئت * وحدثنى عن مالك عن

يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للزواج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فبعثوا كريما مولى عبد الله بن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * قال مالك من شئت * قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا * ش قوله إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت يريدان نقض ولادتها فإن كان الولد واحدا حلت بتمام ولادته وإن كان توأمين فولدت أحدهما لم تنقض عدتها إلا بوضع الثاني قال أشهب وتنقض العدة في الوفاة بوضع العلق والمضغة وأما الدم المجتمع فلا تنقض به عدة وقال مالك في المدونة ومألقته المرأة من مضغة أو علق أو شيء يستيقن أنه ولد فإنه تنقض به العدة وتكون به الأمة أم ولد وليس هذا بخلاف لقول أشهب لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الأرحام من حيض أو غيره ما يعلم أنه ليس بولد أو لا يعلم أنه ولد وأما العلقه تقع بها براءة الرحم فإنها ليست بدم سائل بل هو مجتمع على صفة يعلم بها أنها ولد

* وحدثنى يحيى عن مالك عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريضة

مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن يرجع إلى أهلها في بني خديجة فان زوجها خرج في طلب أبي عبد الله أبقوا حتى إذا كانوا بطرف

النساء القصرى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ترين أن أنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقد مننا القول في ذلك بما تقتضيه أصول أصحابنا والله أعلم وأحكم

(فصل) وسؤال أبي سلمة عن ذلك أم سلمة لما رجا أن يكون عندها من العلم في ذلك فكان الأمر على ما ظنه وأخبرته أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها قد حلت فانكحى من شئت وأخبر صلى الله عليه وسلم أنها قد حلت بالولادة حلا تستبيح به نكاح من شاءت وأما ما رجاه أبو السنا بل قيل اسمه بعتك بن الحاج العبدري من أن يؤثره بها من غاب من أهلها إذا قدموا فأنما معناه أن يصرفوا رغبتها عنه إلى الرغبة فيه لأنهم يملكون إجبارها على ما لا تريده من ذلك والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها لم يدفن بعد حلت يريدان ولادتها إذا كانت بعد وفاته ولو قبل أن يدفن فقد فات ولا يراعى في ذلك مضي مدة وانما تراعى ولادتها بعد وفاته ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلت فانكحى من شئت * مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للزواج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فبعثوا كريما مولى عبد الله بن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا * ش قوله إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت يريدان نقض ولادتها فإن كان الولد واحدا حلت بتمام ولادته وإن كان توأمين فولدت أحدهما لم تنقض عدتها إلا بوضع الثاني قال أشهب وتنقض العدة في الوفاة بوضع العلق والمضغة وأما الدم المجتمع فلا تنقض به عدة وقال مالك في المدونة ومألقته المرأة من مضغة أو علق أو شيء يستيقن أنه ولد فإنه تنقض به العدة وتكون به الأمة أم ولد وليس هذا بخلاف لقول أشهب لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الأرحام من حيض أو غيره ما يعلم أنه ليس بولد أو لا يعلم أنه ولد وأما العلقه تقع بها براءة الرحم فإنها ليست بدم سائل بل هو مجتمع على صفة يعلم بها أنها ولد

* مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل *

ص * مالك عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريضة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن يرجع إلى أهلها في بني خديجة فان زوجها خرج في طلب أبي عبد الله أبقوا حتى إذا كانوا بطرف

القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي في بني خدره فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم أو امرأتي فنوديت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشر قالت فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به ش قوله صلى الله عليه وسلم للفريضة نعم لتنتقل إلى بني خدره في عدتها من وفاة زوجها ثم استرجعها بعد ذلك فلما رددت عليه القصة منعها من ذلك وأمرها أن تمكث في بيتها حتى تنقضي عدتها فيحتمل أن يكون على وجه النسخ للحكم الأول ويحتمل أن يكون اعتقد أولاً في قولها أن زوجها لم يتركها في مسكن يملكه ولا يملك سكناه وكان لفظها محتملاً لذلك فأمرها بالانتقال على ذلك ثم رأى أن لفظها محتمل فاسترجعها وأمرها بأن تعيد عليه قصتها فتبين له من أعادتها انها نفت أن يكون ترك منزل يملك رقبته وانها مع ذلك في منزل قدم لك زوجها سكناه اما بكثرة أو بهبة أو وجه من الوجوه فأمرها بالمقام واتمام العدة فيه (مسئلة) فاذا كان الزوج يملك رقبته المسكن فان للزوجة العدة فيه وعليه أكثر الفقهاء مالك وأبو حنيفة والشافعي والاوزاعي والثوري وغيرهم وبه قال عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سلمة وروى عن ابن عباس وعائشة وجابر بن عبد الله تعمد حيث شئت والدليل على صحة القول الأول حديث الفريضة وأمره صلى الله عليه وسلم لها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله وأنها امتثلت ذلك بان اعتدت فيه عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً وهذا حديث ثابت رواه عن سعيد بن اسحق ومالك والثوري وهيب بن خالد وجاد بن زيد وعيسى بن نونس وعدد كثير وابن عيينة والقطان وشعبة وقدره مالك عن ابن شهاب لم يرو عنه غيره وقد أخذ به عثمان بن عفان وقال القاضي أبو اسحق وهو الناسخ لقول الله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهن مما عالى الحول غير اخراج ومن جهة المعنى ان هذه عدة فكان من حكمها المسكن للزوجة كالمطلقة قال القاضي أبو اسحق وانه قد احتيط في عدة المتوفى عنها زوجها أكثر مما احتيط في المطلقة لموت من كان يطلب بالنسب فثبتت عدة المتوفى عنها زوجها في حكم غير المدخول بها ولم تثبت عدة المطلقة بها في غير المدخول بها وجعلت عدة المتوفى عنها زوجها الشهر ودون الحيض احتياطاً عليها لان الشهور يظهر أمرها والحيض يخفي أمره ثم ثبت وتقرر أن السكنى مراعى في المطلقة حفظاً للنسب فبان تثبت في حكم المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى وهذا معنى ما أشار اليه القاضي ور بما وصلته بما يهّمه والله أعلم (فرع) وهل يجوز بيع الدار اذا كانت للمتوفى وأراد ذلك الورثة الذي عليه جمهور أصحابنا أن ذلك جائز ويشترط فيه العدة للمرأة قال ابن القاسم لانها أحق بالسكنى من الغرماء وقال محمد بن عبد الحكم البيع فاسد لانها قد ترتب فتمت عدتها وجه قول ابن القاسم ان الغالب السلامة والريبة نادرة وذلك لا يؤثر في فساد العقود لاسيما اذا كان القصد لا يؤثر في ذلك وجه قول ابن عبد الحكم ان اختلاف مدة القبض اذا كان فيها تفاوت أثرت في فساد العقد كما لو كانت السكنى لغير الزوجة (فرع) فان وقع البيع فيه بهذا الشرط فارتأيت قال مالك في كتاب محمد بن أبي حمزة في حق بالمقام حتى تنقضي الريبة وأحب الي أن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع وامضائه ولا يرجع بشئ لانه داخل في العدة المعتادة ولو وقع البيع

القدوم لحقهم فقتلوه
قالت فسألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن
أرجع إلى أهلي في بني
خدره فان زوجي لم
يتركني في مسكن يملكه
ولا نفقة قالت فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم
نعم قالت فانصرفت حتى
اذا كنت في الحجرة
ناداني رسول الله صلى
الله عليه وسلم أو امرأتي
فنوديت له فقال كيف
قلت فرددت عليه القصة
التي ذكرت له من شأن
زوجي فقال امكثي في
بيتك حتى يبلغ الكتاب
أجله قالت فاعتددت
فيه أربعة أشهر وعشراً
قالت فلما كان عثمان بن
عفان أرسل إلى فسألني
عن ذلك فأخبرته فاتبعه
وقضى به

بشرط زوال الرتبة كان فاسدا وقال سحنون لاحجة للشترى وان تمادت الرتبة الى خمس سنين
لانه دخل على العدة والعدة قد تكون خمس سنين ونحو هذا روى أبو زيد عن ابن القاسم وهذا
عندي على قول من يرى للبتاع الخيار وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط والله أعلم ووجه
قول مالك أن البيع يصح لانه انعقد على المعتاد من العدة فان أتى من الرتبة غير المعتاد كان له الخيار
ووجه قول سحنون انه انما دخل على أقصى أمد الحمل فان انقضت العدة قبل ذلك فلا رجوع عليه
والله أعلم (مسئلة) وان كان السكنى للزوج دون الرتبة فلها السكنى في مدة العدة خلافا
لابي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال للفريضة بنت مالك
وقد علم أن زوجها لم يملك رقبة المسكن أمكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ولا يمكن أن يأمرها
بذلك اذا لم يملك الزوج الرقة ولا السكنى وكانت الدار لمعين للاجماع على أنه ليس لها ذلك ولا يحمل
على أن المنزل كان لها أولا لما روى وهب بن خالد أنها قالت ان زوجها لم يدع منزلا يملكه ولا نفقة واني
امرأة شاسعة الدار فان رأيت أن أتحول الى أهلي وجيرانى أو قالت أهلي وأهل دارى وهذا يدل على
أنها لم تكن لها دار ولا جيران هناك وروى معمر عن الزهري أنها ذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم
أن زوجها قتل وأنه تركها في مسكن لها واستأذنته في الانتقال وذكر الحديث ومن جهة المعنى انه
ترك دار سكنى يملك سكتها ملكا لاتباعه عليه فيه فلزم أن تعتد الزوجة فيه أصل ذلك اذا ملك رقبته
(مسئلة) واذا كان قد أدى الكراء فان كان لم يؤده فالذى في المدونة انه لا سكنى لها في مال الميت
وان كان موسرا وروى محمد عن مالك الكراء اللازم للميت في ماله ولا تكون الزوجة أحق بذلك
وتحاص الورثة في السكنى والورثة اخراجها الا أن يحب أن تسكن في حصتها ويؤدى كراء حصصهم
ووجه ذلك ان حقها انما يتعلق بما يملكه من السكنى ملكا تاما وانما ملك العوض الذى بيده ولا حق
في ذلك للزوجة الا بالميراث دون السكنى لان ذلك مال وليس بسكنى واذا ملك السكنى ملكا تاما تعلق
حق الزوجة به والله أعلم (مسئلة) وان رضى الورثة في مدة الكراء وأهل الدار بعد انقضاء مدة
الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقرروها على السكنى لم يكن لها الخروج قال في المدونة الا أن
يطلب منها الا يشبه من الكراء فلها الخروج ووجه ذلك ان السكنى لها لازم في ذلك المسكن وانما
للورثة وصاحب الدار في الدار حق تقدم على حقها لانه حق متعلق بعين الدار فاذا أسقطوا حقهم
ذلك ورضوا بعوضه على المعتاد لزمها المقام فان كان نقده بعض الكراء فلها السكنى في جميع ما نقد
فيه وهي في باقي المدة مما لم ينقد فيها على ما تقدم (مسئلة) ولو كان قدطلقها واحدة أو البتة قال
في المدونة واحد ابائنا أو ثلاثا ثم مات في العدة فنقد لزمه السكنى وهو في ماله وان لم يكن نقد وروى ابن
نافع في المدونة انه كالماتوفى عنها زوجها ولم تطلق وجه القول الاول انها مطلقة فنثبت لها حكم السكنى
وانما تعتد عدة المطلقة فنثبت لها في السكنى حكم المطلقة ووجه الرواية الثانية ان ملكه قد زال عن ماله
فلم تلزمه النفقة في السكنى أصل ذلك التي لم تطلق (مسئلة) وهذا اذا ملك السكنى لمدة معينة
بكراء أو اسكان مثل أن يسكن عشرة أعوام فيتوفى عند انقضائها أو قبل انقضائها بشهر فان
لصاحب الدار ولبن صارت اليه السكنى بعد تلك المدة اخراجها منها وفي وثائق أبي عبد الله بن العطار
أن هذا حكم زوجة امام المسجد يموت وهو ساكن في دار المسجد لانه انما يسكنها على سبيل الأجرة فتى
تخرج من الدار بعد وفاة زوجها ان أحب أهل المسجد (فرع) هذا المشهور من قول أصحابنا
وقد ذكر بعض القرويين ان هذا انما هو اذا كان الكراء كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا وأما

إذا وقع الكراء على سنة بعينها فسواء نقدا الكراء أو لم ينقد المرأة أحق بالمسكن وذكر عن أبي قرة عن مالك أنه فرق بين أن يكون الكراء كل سنة بكذا وبين أن يكرها سنة بعينها وهذا مخالف لما تقدم من رواية ابن المواز واختار الشيخ أبو محمد عبد الحق رواية أبي قرة (مسئلة) وإن كان السكنى غير مقدر مثل أن يسكن الدار حياته ثم هي حبس على غيره بعده فأت الأول فقد قال مالك لأرى للذي صارت إليه الدار أن يخرجها حتى تنقضي عدتها وكذلك قال ابن القاسم في الأمير يموت وهو ساكن في دار الأمايرة ووجه ذلك أن الاسكان لما تضمن الحياة إلى حين وفاته تضمن ما يلزم من السكنى بعد وفاته وأما من أسكن مدة مقصورة فلم يتضمن اسكانه ذلك لأن هذه المدة يصح أن تنقضي في حياته والله أعلم

(فصل) وقولها ولم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة يحتمل أنها اعتقدت أن المتوفى عنها زوجها نفقة في ماله ويحتمل وهو الأصح عندي أنها جعلت ذلك من عذرها في الانتقال إلى بني خدره قومها لأن اكتسابها نفقتها والتسبب فيها هناك أمكن لها حين لم يكن زوجها ممن ترك ما لا تنفق على نفسها ميراثها منه ولذلك لم يستدع مما عرضته من حالها إلا الانتقال إلى قومها (مسئلة) والمتوفى عنها زوجها لا نفقة لها وإن كانت حاملا قال القاضي أبو محمد لأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت فيتعلق بماله بعد موته بدليل أنه يسقط عنه بالأعسار فإن يسقط بالموت أولى وأحرى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مكثي حتى يبلغ الكتاب أجله يحتمل أنه أمرها بذلك لما كان زوجها قد أدى كراء المسكن أو كان أسكن فيه إلى وفاته أو أن أهل المنزل أباحوا لها العدة فيه بكراء أو بغير كراء أو ما شاء الله تعالى من ذلك مما رأى به أن المقام لازم لها حتى تنقضي عدتها وذلك للمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر والأصل في ذلك قول الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (فرع) ومن مات أو طلق من تعتد بالشهور فقد روى ابن المواز عن مالك تعتد إلى مثل تلك الساعات التي مات فيها أو طلق ثم رجع فقال أرى أن تلغى ذلك اليوم قال وتحصى ما بقي من هذا الشهر وتحسب بعد تمامه بالأدلة بالوفاة وتتم على بقية الشهر الأول ثلاثين يوما كان تاما أو ناقصا ثم عشرة أيام (مسئلة) وعدة الوفاة تلزم الحرة والامة والصغيرة والكبيرة والتي لم تبلغ حد الحيض والتي حاضت واليائسة من الحيض دخل بها ولم يدخل وعدة جميعهن على ما قد مناه أربعة أشهر وعشر الا الامة فعدها من الوفاة شهران وخمس ليال إذا كانت ممن تحيض فإن كانت ممن لم تحض أو يائسة من الحيض فقد قال مالك عدتها ثلاثة أشهر قال أشهب إلا أن يؤمن من مثلها الحمل فتستبرأ بشهرين وخمس ليال وروى ابن المواز عن مالك أن عدة الامة في الوفاة شهران وخمس ليال إن مرت في ذلك بوقت حيضتها فخاضت وإذا لم يمر بها وقت حيضتها فعدها ثلاثة أشهر ولو مر عليها في الثلاثة الأشهر وقت الحيضة فلم تحض رفعت إلى التسعة أشهر كالحره وجه القول الأول أنها إذا كانت ممن لا تحيض فلا تبرأ بأقل من ثلاثة أشهر لقول الله تعالى واللاتي يئسن من الحيض من نساكن ان ارتبتم فعدهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وهذا عام في المطلقة وغيرها ويجب أن يكون هذا مبني على قول من راعى الحيضة في مدة العدة على كل حال فإن عدت الحيضة فلا يبرئها الا ثلاثة أشهر ووجه قول أشهب أن الشهرين وخمس ليال عدتها لانها على النصف من عدة الحره كالاقراء لما كانت أصلا في عدة المطلقة كانت الامة في ذلك على النصف من عدة الحره غير أنها إن كان يخاف عليها الحمل أكلت الشهور الثلاثة لانه لا يتبين حملها في أقل من

ثلاثة أشهر ووجه القول الثالث قول مالك ما قال عنه بعض أصحابه اننا لم نجد في الاصول رجاءاً من وطء بغير حيض ممن يمكن منها الحل بأقل من ثلاثة أشهر (مسئلة) فان كانت ممن تحيض كل شهر فلم تحض في مدة العدة فهذه رتبة على رواية ابن المواز وغيره عن مالك ترفع الى تسعة أشهر حرة كانت أو أمة ورواه عن ابن القاسم ومطرف وأصبغ وروى سحنون وابن حبيب عن أشهب وابن الماجشون تبرأ الحرة بانقضاء الاربعة الأشهر والامة بانقضاء ثلاثة أشهر ووجه القول الأول خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ما قال القاضي أبو محمد من انها اثني من ذوات الاقراء لم تتبين براءة رجها فلم تبرأ الا بالحيض أو التربص القائم مقام الحيض كالمطلة ووجه القول الثاني قوله تعالى يتر بصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ولم يعتبر حيضاً ولا غيره ولان الاستبراء اذا تعلق بالشهور وكانت أصلاً فيه لم يعتبر بالحيض كالتى لم تحض (مسئلة) فان كانت ممن تحيض من ستة أشهر أو خمسة الى مثلها فانقضت عدتها من الوفاة فلم يأت فيها وقت حيضها قال مالك في كتاب ابن سحنون وابن المواز انها قد حلت وان قرب وقت حيضها وقال ابن القاسم في العتية ينظر اليها النساء فان لم يرين بهار رتبة حلت وروى أشهب عن مالك انه قال لابن كنانة تقيم حتى تحيض ثم رجع مالك الى ما ذكرناه وجه الرواية الأولى ما قال القاضي أبو محمد ان سبب تأخير الحيض العادة لا الرتبة وكانت كاليائسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انها مبنية على ان الحيض لا يراعى في مدة الحيضة وانما تسترأب بغير العادة من غير أن يكون شرطاً في تمام العدة ووجه الرواية الثانية ان ذلك مبنى على أن الحيضة تراعى في تمام العدة كالتى تحيض كل شهر (مسئلة) وهذا في المدخول بها وأما غير المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد تبرأ بمضى المدة وان تأخر حيضها والذي روى ابن المواز وسحنون عن مالك في المدخول بها وغير المدخول بها تعتد أربعة أشهر وعشراً الا أن ترتأب احداً مما بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر لأنه غالب أمد الحمل فتعمل الآن تحس تحرك يكافئ في العصى أمد الحمل والله أعلم (مسئلة) فان كانت عادت بها بالحيض كل شهر فلم تحض في الاربعة أشهر والعشرة أيام الا حيضة واحدة قال القاضي أبو محمد ان ذلك يجزئها وروى ابن سحنون وابن المواز عن مالك الا أن ترتأب احداً من بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر الحرة والامة غير انهما قد روي عن مالك انه قال باثر ذلك الا أن تحيض الحرة قبل التسعة وبعد الاربعة أشهر وعشراً والامة بعد شهرين وخمس ليال فتعمل حينئذ فيجوز أن يريد ان الرتبة انما تكون بتأخير الحيض كله في مدة العدة ويحتمل أن يريد ان الرتبة تحصل بتأخير الحيضة الاخيرة الا ان الحيضة الواحدة بعد أربعة أشهر وعشراً تبرأ لانها جاءت في وقت الرتبة لا في وقت العدة (مسئلة) وأما المستحاضة فعدتها في الوفاة حرة كانت أو أمة تسعة أشهر لان الاستحاضة رتبة بانقطاع الحيض فكما ان المرتبة بانقطاع الحيض في عدة الوفاة ترفع الى تسعة أشهر فكذلك المرتبة بالاستحاضة اعتباراً بتساويهما في عدة الطلاق (مسئلة) وأما الكتائية فان كانت غير مدخول بها ففي المدونة انه لا عدة عليها وهذا يقتضى أن تزوج مسلماناً وغيره اثر وفاته لانه اذا لم يكن عليها عدة للوفاة ولا استبراء للدخول فقد حلت للزواج وأما المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما انها كالمسلمة قال مالك تجبر على العدة وتمنع من النكاح وعليها الاحداد والرواية الثانية انها تستبرأ رجها بثلاثة أشهر ومعنى ذلك على ما قاله ابن القاسم في المدونة ان ذلك اذا أراد أن يتزوجها مسلم قال القاضي أبو محمد والقول في الكتائية التي لم يدخل بها على هاتين الروايتين فوجه الرواية الأولى قول الله

تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجايتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وهذا عام في المسامة والكتابية ولان كل من ساوت المسامة الحرة في عدة الطلاق ساوتها في عدة الوفاة كالمسامة ووجه الرواية الثانية انه يتعلق بعدها حقان حق للخالق وهو حفظ النسب وحق لله تعالى فاما حق الخالق فذلك يلزمها ولا يبرئها الاستبراء رجعها وذلك يحصل بالأشهر الثلاثة وما زاد على ذلك فحق لله تعالى ولا يصح منها أداء حقوقه الا بعد الايمان به

(فصل) وقولها ان عثمان بن عفان سألهما عن ذلك فأخبرته بذلك فقضى به يقتضى اجماع الصحابة على العمل باخبار الآحاد وان خبر المرأة مما يعمل به ولذلك سألهما عثمان عن خبرها فقضى به لما أخبرته عنه وسماع هذا من خبر الفريضة حتى كان الامراء يرسلون اليها ويسألونها عن ذلك ويقضون به ولم ينكره أحد من الصحابة ولا ممن عاصروهم من التابعين ولذلك روى وهب بن خالد عن سعد بن اسحق بالاسناد انه لما كان في خلافة عثمان كان هذا في بعض أهله فسأل الناس هل عند أحد علم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا فقال رجل من أهل الانصار ان فريضة تحدث فيه بحديث وهي حية قالت فأرسل الى فسألني عنه فحدثته فأخذه ص **﴿** مالك عن حميد بن قيس المكي عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن الحج **﴾** ش قوله ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يريدانه كان يرى اعتداد المرأة في منزل زوجها المتوفى عنها لازما لها فلا يجوز لها أن تخرج في حج ولا غيره حتى تنقضي عدتها وقدر روى ابن القاسم عن مالك في تفسير هذا الحديث انما ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها لم يعمر من فاذا أحر من نفقذ وبئس ما صنعن (مسئلة) وهذا فيما قرب جدا وأما التباعد فعلى ضربين تباعد ليس في الرجوع منه مشقة ولكن تحتاج فيه الى ثقة ترجع معه وتباعد تلحق فيه المشقة فاما القسم الاول فقد قال ابن القاسم في المدونة ليس لها أن تعج الفريضة حتى تنقضي عدتها من وفاة أو طلاق فكان عمر بن الخطاب يرد من خرج منهن في حج من البيداء ولا يمنع توجهاها في الحج من ردها الى استكمال عدتها حيث لم يتأقرب الموضع وقال ابن القاسم في التي تخرج من الاندلس تريد الحج لو لم تكن سافرت الامسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة فهلك زوجها قال مالك في التي تخرج تريد الحج فانه ان كان أمرا فربا ونجدة ثقة رجعت فاعتدت في بيتها ولو وصلت افريقية ثم توفى زوجها تنفذ لحجها الا انها قد تباعدت (مسئلة) ولو كان خروجه منتفلا تاركا لاستيطان البلد الذي خرج منه فتوفى قبل أن يصل الى بلد آخر ففي المدونة لابن القاسم انها مخيرة بين أن تنفذ أو ترجع لان هذه ليس لها منزل فتختار الآن موضعاً تعتد فيه قال ابن القاسم ولها أن تعتد بالموضع الذي توفى زوجها أو تنصرف الى ما يقرب من المدائن والقرى فتعتد فيها ص **﴿** مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه ان السائب بن خباب توفى وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكرت له حرثها بقناة وسأله هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فسكنت تخرج من المدينة سعرا فتصحب في حرثهم فتظل فيه يوما ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت في بيتها **﴾** ش نهى عبد الله بن عمر أن تبيت المرأة في حرثها التي جاءت تسأله وهي أم سليم امرأة السائب بن خباب لما توفى عنها ولزمتها العدة في بيتها فنهاها عن المبيت في حرثها في مدة عدتها لما قد مناه من انها تلزمها السكنى في بيت زوجها ومعنى السكنى ومعه المبيت لانه وقت السكون والاستقرار في المسكن فلم يكن لها أن تخل به وان كان لها أن تنصرف بالنهار وقد تقدم الكلام فيه قال مالك لها أن تخرج سعرا قبل الفجر

* وحدثني عن مالك
عن حميد بن قيس المكي
عن عمرو بن شعيب
عن سعيد بن المسيب أن
عمر بن الخطاب كان يرد
المتوفى عنهن أزواجهن
من البيداء بمنعهن الحج
* وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد أنه بلغه
أن السائب بن خباب
توفي وإن امرأته جاءت
إلى عبد الله بن عمر فذكرت
له وفاة زوجها وذكر له
حرثا لهم بقناة وسأله
هل يصلح لها أن تبيت
فيه فنهاها عن ذلك فكانت
تخرج من المدينة سعرا
فتصحب في حرثهم فتظل
فيه يوما ثم تدخل المدينة
إذا أمست فتبيت في بيتها

وتأتى بعد المغرب ما بينها وبين العشاء ومعنى ذلك انه لا يفوتها بهذا مقصود المبيت في بيتها (مسئلة)
 والمتوفى عنها زوجها تحضر العرس ولا تلبس مالا تلبسه الحاد ولا تبث الا في بيتها رواه في العتبية
 ابن القاسم عن مالك (مسئلة) المتوفى عنها زوجها ان كانت مدخولا بها اعتدت في بيت سكنها
 مع زوجها وان كانت غير مدخول بها اعتدت حيث كانت تسكن عند أبويها لان ذلك هو المسكن
 الذي كانت تسكنه فتعلق حكم سكنها به قاله ابن القاسم قال وكذلك الأمة المتوفى عنها زوجها قال
 مالك تعتد حيث كانت تبث لان موضع المبيت هو موضع السكنى ولذلك كان معنى المبيت هو معنى
 السكنى اذا كان مبيتا متواليا على وجه الاستقرار لا على وجه الزيارة (مسئلة) والكتابية يموت
 عنها زوجها المسلم قال مالك في المدونة تجبر على العدة وتمنع الانتقال حتى تنقضى عدتها وسيلها في
 أحكام العدة سبيل الحرية المسلمة ووجه ذلك انه حكم تعلق بها المسلم فلزمها قضاؤه على حكم الاسلام
 كسائر الحقوق (فرع) واذا مات سيد أم الولد وأعتقت فابن القاسم لا يرى لها السكنى ولا المقام به
 وراه أشهب لها وعليها على تضعيف من غير ايجاب رواه ابن المواز عنهما ص * مالك عن هشام
 ابن عروة عن أبيه انه كان يقول في المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها انها تنشوي حيث انشوى أهلها
 قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * ش قوله في المرأة البدوية تنشوي حيث انشوى أهلها يريد أصحاب
 العمود دون أصحاب القرى فاذا توفي عنها زوجها وهذا حالها ثم افرق الجمع الذي كانت فيهم فصار
 أهلها وبنو أبيها الى جهة وصار أهل زوجها الى جهة أخرى صارت مع أهلها وآوت اليهم وكانت معهم
 لانه لا يمكنها البقاء في الموضع الذي كانت به حين الوفاة لانتقال أهلها عنه ولم يكن وطنها زوجها
 فيكون أحق بسكنها من غيره انما هم قوم يتبعون الكلاء وينتجعون المياه ويجمعون اليوم
 في منزل ويفترقون عند اختيار بعضهم غير الجهة التي اختارها الآخرون وليس كذلك المرأة
 من أهل الأمصار والقرى فانها لا تزول من مسكنها لان ذلك المنزل كان منزلها زوجها المتوفى عنها
 وهي آمنة اذا أقامت فيه والمعتاد من حال أهلها وبنو أبيها المقام والاستيطان فليس لها أن تنتقل
 بانتقالهم حتى تنقضى عدتها وقال ابن القاسم في الصغيرة يتوفى عنها زوجها فأراد أبوها الحج
 والانتقال الى بلد آخر منعوا من أن يخرجوها لان مالك قال لا تنتقل الا البدوية (مسئلة) ولو
 كانت من أهل الحاضرة فخرج زوجها مبتدئا فتوفى رجعت ولا تقيم تعد في البادية رواه ابن
 وهب عن مالك ووجه ذلك ان لها مسكن في موضع استيطان وقرار تلزمها العدة فيه فكان عليها
 أن ترجع اليه على ما تقدم من قولنا في القرب والبعد وأما البدوية فليس لها مسكن في موضع
 استيطان فلم يكن بعض الجهات أحق بها من بعض مع انه ليس من عاداتها الاستيطان فلا تلزمها العدة
 الا على المعتاد من حالها

(فصل) ومعنى قوله تنشوي مع أهلها حيث انشوى وانزل حيث نزلوا من ثويت المنزل وأهلها عشيرتها
 الذين ترجع اليهم ويحتسب بهم والله أعلم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول
 لا تبث المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا في بيتها * ش قوله رضي الله عنه لا تبث المتوفى عنها
 زوجها ولا المبتوتة الا في بيتها يريد البيت تسكن فيه على حسب ما كانت تسكنه قبل وفاة زوجها فان
 كان مسكنا واحدا فهي على ما كانت فيه وان كان في حجرتها بيوت كثيرة وكانت تسكن بيتا منها
 وفيه متاعها قال مالك لا تبث الا في بيتها واسطوانها ويوتها لها أن تبث من ذلك حيث شاءت
 ولم تنو بذلك انها لا تبث الا في الذي كان فيه متاعها ووجه ذلك ان جميع المسكن الذي هي فيه من

* وحدثني عن مالك عن
 هشام بن عروة عن أبيه أنه
 كان يقول في المرأة البدوية
 يتوفى عنها زوجها انها
 تنشوي حيث انشوى
 أهلها * قال مالك وهذا
 الامر عندنا * وحدثني
 عن مالك عن نافع عن
 عبد الله بن عمر أنه كان
 يقول لا تبث المتوفى عنها
 زوجها ولا المبتوتة الا
 في بيتها

حجرتها واسطوانها وبينها سكن لها فلها أن تبيت حيث شاءت منه ولو كانت في مقصورة من الدار وفي الدار مقاصير لقوم آخرين لم يكن لها أن تبيت الا في حجرتها التي في يدها ومعنى ذلك انه لم يكن لها سكنى بغيرها من المقاصير بل كانت مساكن لغيرها فلا يحق لها أن تعتد فيه كسائر الدور

﴿ عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها ﴾

ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرّق بين رجال وبين نساءهم وكنّ أمهات أولاد رجال هلكوا فز وجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرّق بينهم حتى يعتدّن أربعة أشهر وعشر فقال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هنّ من الأزواج * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها حيضة * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه كان يقول عدة أم الولد اذا توفي سيدها حيضة قال مالك وهو الأمر عندنا * قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدها ثلاثة أشهر * ش قوله ان يزيد بن عبد الملك فسخ نكاح أم ولد تزوجت قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشرا ولعل يزيد بن عبد الملك أخذ بقول سعيد بن المسيب والزهرى وعمر بن عبد العزيز ان عدة أم الولد يتوفى سيدها أربعة أشهر وعشر وروى ذلك رجاء بن جيرة وقد قيل ان قبصة لم يسمع من عمر وقول القاسم يقول الله تعالى في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هنّ من الأزواج انما يصح أن يحتج به على من يوجب ذلك من الآية ويتعلق بعمومها فيصح من القاسم أن يمنعه من ذلك ويقول ان اسم الأزواج لا يتناول أمهات الأولاد وانما يتناول الزوجات دون من يستباح بملك اليمين وأما من لم يتعلق بذلك فلا يصح أن يحتج عليه بما قاله القاسم لجواز أن يثبت هذا الحكم لمن من غير الآية بقياس أو غير ذلك من أنواع الأدلة ويحتمل أن يكون القاسم يتعلق بدليل الخطاب من الآية (فصل) وقول ابن عمر والقاسم بن محمد ان عدة أم الولد يتوفى سيدها حيضة هو قول مالك والشافعي وبه قال الشعبي وأبو قلابة وأحمد بن حنبل وقال أبو حنيفة والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود والنخعي وقال طاوس وقتادة عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها والدليل على ما نقوله ان هذه أمة موطوءة بملك اليمين فكان استبراءها بحيضة أصل ذلك الأمة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهل هي عدة واستبراء محض الذي ذكره القاضي أبو محمد في معونته ان الحيضة استبراء وليست بعدة وفي المدونة عليها العدة وعدتها حيضة كعدة الحرة ثلاث حيض وجه القول الأول ان هذه أمة موطوءة بملك اليمين فلم يجب فيها عدة وانما هو الاستبراء كالأمة التي لم تلد من سيدها ووجه القول الثاني ما احتج به من انها لو مات سيدها أو أعتقها في حيضتها لم تجزها تلك حتى تحيض بعد وفاته بخلاف الأمة فانه اذا باعها سيدها في أول دمها أجزأ ذلك من استبراءها ومعنى ذلك أنه يعتبر في أم الولد الخروج من طهر الى حيض وهذا حكم العدة وأيضا فانه يقدر لها حكم الفراش بكونها أم ولد ولو زوجها فتوفي زوجها وسيدها غائب فأتت بولد بعد عدتها فرمعت انه من سيدها الحق به الا أن ينكروا طأها لانها أم ولد ولو استبرأ السيد أمة ثم أعتقها كان له أن يتزوج مكانها ولو استبرأ أم ولده ثم أعتقها لم يكن لها أن تتزوج حتى تحيض حيضة قاله مالك ووجه ذلك ما قدمناه من ان أم الولد لما ثبت لها أصل لازم في الحرية بالشرع كانت كالحرّة في وجوب العدة بأنواع الفرقة في الحياة والموت وان كانت حيضة واحدة لنقص حرمة الأمة وانما وجبت عليها العدة حال الرق استبراء من وطئ بوطيعة

﴿ عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرّق بين رجال وبين نساءهم وكنّ أمهات أولاد رجال هلكوا فز وجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرّق بينهم حتى يعتدّن أربعة أشهر وعشر فقال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هنّ من الأزواج * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها حيضة * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه كان يقول عدة أم الولد اذا توفي سيدها حيضة قال مالك وهو الأمر عندنا * قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدها ثلاثة أشهر

﴿ عدة الامة اذا توفي زوجها أو سيدها ﴾ * حدثني يحيى عن مالك (١٤١) أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن

يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب مثل ذلك قال مالك في العبد يطلق الامة طلاقا لم ييتها فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهي في عدتها من طلاقه انها تعد عدة الامة المتوفى

عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تختر فراقه بعد العتق حتى يموت وهي في عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة * قال مالك وهذا الامر عندنا ﴿ ما جاء في العزل ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محيرز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدري خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة بني المصطلق فاصبنا سبياً من سبي العرب فاشتبهنا النساء

وذلك حيضة وقد يكون استبراء محضاً وقد يكون عدة كالثلاثة أشهر ويكون استبراء ويكون عدة في المطلقة والامة المتوفى عنها زوجها (فرع) فاذا قلنا انها عدة فقد قال مالك لأحب أن تواعد أحداً ينكحها حتى تحيض حيضة قال ابن القاسم وبلغني عنه أنه قال لا تبيت الا في بيتها فأثبت لمدة استبرائها حكم العدة وروى ابن المواز عن ابن القاسم لها المبيت في غير بيتها في العتق والوفاة وجه القول الأول انه استبراء يلازم مع عدم الوطء الذي يوجب الاستبراء فكان عدة تثبت فيه أحكام العدة كعدة الحرة ووجه القول الثاني انه استبراء سببه ملك اليمين فكان استبراء كاستبرائها للبيع (مسألة) ولو غاب سيد أم الولد عنها غيبة طويلة قبوت في بعد ما حاضت في غيبته لم يجزها ذلك حتى تعتد بعد وفاته قاله ابن القاسم في المدونة وكذلك لو انقضت عدتها من زوجها فلم يطأها سيدها حتى توفي فان عليها أن تعتد بحيضة والله أعلم

﴿ عدة الامة اذا توفي زوجها أو سيدها ﴾

ص * مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال وعن ابن شهاب مثل ذلك * ش قولهم عدة الامة يتوفى عنها زوجها شهران وخمس ليال على ما تقدم لان عدتها نصف عدة الحرة وعدة الحرة أربعة أشهر وعشرا ولا نعلم في ذلك خلافا الا ما يروى عن ابن سيرين وليس بالثابت انه قال عدتها عدة الحرة وعلى ما قدمناه الاجماع والله أعلم ص * قال مالك في العبد يطلق الامة طلاقا لم ييتها فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهي في عدتها من طلاقه انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تختر فراقه بعد العتق حتى يموت وهي في عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة قال مالك وهذا الامر عندنا * ش وهذا على حسب ما قال في الامة التي يطلقها زوجها طلاق رجعية ثم يموت وهي في عدتها تلك انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وذلك انها لما كانت رجعية وكانت من الأزواج ما دامت في العدة ولزمها عدة الوفاة بموته وهي أمة فكان عليها شهران وخمس ليال ولو كان الطلاق بائناً لم تنتقل الى عدة الوفاة لانها ليست من الزوجات كما لو انقضت العدة

(فصل) وقوله ولو أعتقت في العدة ولم تختر فراقه يربدانها لو اختارت فراقه لبانت بذلك عنه ولم يكن لها حكم الزوجات ولا انتقلت الى عدة وفاة فاذا لم تختر فراقه بقيت على حكم الرجعة فكانت من الأزواج يلزمها بموته الانتقال الى عدة الوفاة فاذا توفي بعد الحرة لزمها عدة الوفاة وهي حرة فكان عليها عدة الحرة أربعة أشهر وعشرا ولو توفي عنها وهي أمة ثم أعتقت بعد ذلك لم تكن عليها الا عدة الاماء لان العدة وجبت عليها وهي أمة فلا ينقلها عن حكم الاماء ما طرأ بعد ذلك من الحرية والله أعلم

﴿ ما جاء في العزل ﴾

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محيرز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدري خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة بني المصطلق فاصبنا سبياً من سبي العرب فاشتبهنا النساء

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نغزل فقلنا نغزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ما عليكم أن لاتفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة * ش سؤال ابن محير بن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه عن الغزل واخباره له بما عنده في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم على حسب ما كان يفعله العلماء من الصصابة في الجواب على ما سألوا عنه مما عندهم فيه نص وانما كانوا يفرعون الى غير النصوص من القياس والاستدلال عند عدم النصوص وأما مع وجود النصوص فكانوا لا يتعلقون بغيرها لاسيما اذا كان السائل لهم من أهل العلم ومن يرجي أن يفهم ما يرد عليه من ذلك وينقله على وجهه وغزوة بنى المصطلق كانت سنة خمس

(فصل) وقوله فأصبنا سيما من سبي العرب فاشتبهنا النساء يحتمل أن يكون بنو المصطلق وان كانوا من العرب يدينون بدين أهل الكتاب من اليهود والنصارى فلذلك جاز للمسلمين وطؤونهم بملك النخيل وملك النكاح لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ويحتمل أن يكونوا من يدين بدين العرب فاستباح المسلمون وطء من أسلم منهم بعد الاسترقاق وامتنعوا ممن لم يكن أسلم

(فصل) وقوله واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء وأردنا أن نغزل ظاهره ان الحمل الذي يترقبه من لم يغزل يمنع الفداء وهو البيع ولا يصح أن يريده الفداء بالرد الى الأهل على قولنا انهم قد أسلموا لان من أسلم منهم لم تكن تريد أن ترد الى الكفار مما كانوا عليه من تعذيب من أسلم والاضرار به ومع ذلك فالفداء نوع من البيع فدل هذا على أن الحمل يمنع البيع والفداء ووجه آخر وهو انه لا خلاف ان الحمل لا يمنع الفداء الذي يمنع الرد الى الأهل في غير المسامة ولا يمنع في المسامة اذا أخرجت الى حرية فلم يبق الا أن يراد به ما يمنع الخروج عن ملك السيد الى الاسترقاق وعلى هذا مذهب جميع الفقهاء في جميع الأمصار انه لا يجوز بيع أم الولد والدليل على ذلك الحديث المذكور ودليلنا من جهة القياس ان هذا حمل عن ملك يمين فوجب أن يمنع بيع الحائل أصل ذلك حال الحمل ومعنى ذلك انه يعتق على أبيه بنفسه حدوثه وهو في ذلك الحال عضو من أعضاء الاماء فسرى اليها حكم العتق ولم يتعجل لان انفصاله منها غايته ص * مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه انه كان يغزل * مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبي أفلح مولى أبي أيوب الأنصاري عن أم ولد لأبي أيوب الأنصاري أنه كان يغزل * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يغزل وكان يكره الغزل * ش ماروى عن سعد وأبي أيوب انهما كانا يغزلان وكره ذلك ابن عمر هذا مما اختلف فيه الصحابة فذهب الجمهور الى اباحته وذهب ابن عمر وغيره الى كراهيته وقال بعضهم هو المؤودة الصغرى وقال على بن أبي طالب لا يكون مؤودة حتى تأتى عليه حالات الخلق السبعة فقال عمر صدقت يريد أن يكون نطفة ثم علقه ثم مضى ثم عظاما ثم لحام تصور ثم تستهل ويحتمل أن يكون من كره ذلك تعلق بقوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لاتفعلوا معناه والله أعلم لا يضركم ذلك انما هو على وجه الكراهة والندب الى ترك ذلك دون المنع والتحریم والذي عليه جمهور الفقهاء ان الغزل جائز على شروط سند كرها بعد هذا ووجه ذلك أن قوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لاتفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة ندب منه صلى الله عليه وسلم الى نهاية التوكل واسارة الى فضيلة من عول على ذلك وهذا

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نغزل فقلنا نغزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ما عليكم أن لاتفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة * وحدثني عن مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه انه كان يغزل * وحدثني عن مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبي أفلح مولى أبي أيوب الأنصاري عن أم ولد لأبي أيوب الأنصاري أنه كان يغزل * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يغزل وكان يكره الغزل

* وحدثني عن مالك عن حمزة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزية أنه كان جالساً عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهد رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيدان عندي جوارى لى

(١٤٣)

ليس نسائي اللاتي أكن بأعجب إلى

منهن وليس كلهن يعجبني
أن تحمل مني أفأعزل
فقال زيد بن ثابت أفقه
يا حجاج قال فقلت يغفر
الله لك إنما تجلس عندك
لنتعلم منك قال أفقه قال
فقلت هو حرنك ان شئت
سقيته وان شئت أعطشته
قال وكنت أسمع ذلك
من زيد فقال زيد صدق
* وحدثني عن مالك عن
حميد بن قيس المكي عن
رجل يقال له ذيف أنه
قال سئل ابن عباس عن
العزل فدعا جارية له فقال
أخبرهم فكأنها استحييت
فقال هو ذلك أما أنا فافعله
يعني أنه يعزل * قال مالك
لا يعزل الرجل عن المرأة
الحرّة إلا باذنها ولا بأس أن
يعزل عن أمته بغير اذنها
ومن كان تحت أمته قوم فلا
يعزل إلا باذنها

* ما جاء في الأحاديث *
* حدثني يحيى عن مالك

عن عبد الله بن أبي بكر بن
محمد بن عمرو بن حزم عن
حميد بن نافع عن زينب
بنت أبي سلمة أنها أخبرته
بهذه الأحاديث الثلاثة
قالت زينب دخلت على
أم حبيبة زوج النبي صلى

الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت
بعارضها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر
أن تتحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربع أشهر وعشر قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

كما قال صلى الله عليه وسلم في السبعين ألفاً الذين يدخلون الجنة بغير حساب أنهم هم الذين لا يكتون ولا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون وأباح مع ذلك الاسترقاء والاكتواء لانه ترك لنهاية التوكل ص * مالك عن حمزة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزية أنه كان جالساً عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهد رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيدان عندي جوارى لى ليس نسائي اللاتي أكن بأعجب إلى منهن وليس كلهن يعجبني أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفقه يا حجاج قال فقلت يغفر الله لك إنما تجلس عندك لنتعلم منك قال أفقه قال فقلت هو حرنك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته قال وكنت أسمع ذلك من زيد فقال زيد صدق * ش قوله انه يريد أن يعزل عن جواريه لما ذكره وتصديق زيد بن ثابت الحجاج حين قال له هو حرنك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته على معنى اباحة ذلك وتخيره فيه وإنما أمر زيد الحجاج أن يفقيه على معنى التدريب له ولعله أراد أن يجريه في مثل هذا مما علم انه سمعه منه لينشطه بذلك على طلب العلم ص * مالك عن حميد بن قيس المكي عن رجل يقال له ذيف أنه قال سئل ابن عباس عن العزل فدعا جارية له فقال أخبرهم فكأنها استحييت فقال هو ذلك أما أنا فافعله يعني أنه يعزل * ش قوله رضى الله عنه للجارية أن تخبرهم عن العزل على معنى الإشارة الى انه يفعل ذلك مع تلك الجارية ولم يكره أن يسمع ذلك منها لما فيه من اظهار الحق فلما استحييت أعلمهم أن سكوتها إنما كان من أجل الحياء وانه يفعل ذلك فتجاوز حد الاباحة الى الاخبار عن نفسه بانه يفعله ص * قال مالك لا يعزل الرجل عن المرأة الحرّة إلا باذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير اذنها ومن كان تحت أمته قوم فلا يعزل إلا باذنها * ش قوله لا يعزل عن المرأة الحرّة إلا باذنها هو قول جماعة الفقهاء وذلك أن للحرّة حقاً في الاستمتاع وطلب النسل فلها أن يمتنع من وطئها لم يكن له أن يمتنع من اكاله وأما الأمة فان لسيدها أن يعزل عنها كاله أن يمتنع من وطئها ومن كانت زوجته أمة قوم فان حق ساداتها متعلق بطلب الولد لانه يكون رقيقاً لهم فلذلك لا يجوز للزوج أن يعزل إلا باذنها * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان للأمة فيه حقاً قد ثبت بعقد النكاح فلا يجوز له أن يعزل إلا باذنها واذنها لانه ووطئ زوجته فللزوج فيه حق والله أعلم

* ما جاء في الأحاديث *

ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة أنها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعارضها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربع أشهر وعشر قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

أشهر وعشر ا قالت زينب
وسمعت أمي أم سلمة
زوج النبي صلى الله عليه
وسلم تقول جاءت امرأة
الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول
الله ان ابنتي توفي عنها
زوجها وقد اشتكت
عينها أفتكحلها فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل
ذلك يقول لانما قال انما
هي أربعة أشهر وعشر
وقد كانت احدا كن في
الجاهلية ترمي بالبعرة على
رأس الحول قال جدي بن
نافع فقلت لزيب وماترى
بالبعرة على رأس الحول
فقلت زيب كانت المرأة
اذا توفي عنها زوجها
دخلت حفشا ولبست
شرثا بها ولم تمس طيبا
ولا شيئا حتى تمر سنة ثم
تؤتي بدابة حمار أو شاة أو
طير فتفتض به فقلمها
تقتض بشئ الامات ثم تخرج
فتعطى بعرة فترمي بها ثم
تراجع بعد ما شاءت من
طيب أو غيره قال مالك
والحفش البيت الرديء
وتفتض تمسح به جلدها

كالتشرة * وحديثي عن مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج

لا على معنى الاباحة فاستثنى من التحريم الايجاب وهذا يقتضى أن لفظة افعل بعد الحظر على بابها خلافا لمن قال من أصحابنا وغيرهم انها تقتضى الاباحة والله أعلم (مسئلة) وسواء كانت حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا احداث على أمة ولا صغيرة والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم لا يجعل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تجعل على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وقد اتفقنا على انه على الوجوب فوجب أن يحمل على عمومه ومن جهة المعنى ان كل من لزمها عدة الوفاة على زوج لزمها الاحداث كالحررة الكبيرة (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لموالي الأمة منعها من الاحداث والميت في موضع عدتها وتخرج بالنهار في حوائجهم وان أرادوا بيعها لم يلبسوها ولا يصنعوا بها ما لا يجوز للحادث قاله مالك ووجه ذلك أن هذا حكم من أحكام النكاح فلم يكن لهم منعها منه كملك الزوج الاستمتاع بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان تجعل على ميت يقتضى اختصاص هذا الحكم بالوفاة وأما حكم المطلقة فلا تعلق له بالحديث وقد قال مالك لا احداث على مطلقة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة عليها الاحداث ويروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقة فلا احداث عليها كالرجعية ووجه آخر وهو أن المتوفى فارق زوجته وهو على نهاية الاشفاق عليها والرغبة فيها ولم تكن المفارقة من قبله فلزمها لذلك الاحداث واظهار الحزن والمطلقة فارقها مختارا لفراقها مقابحا لها فلا تعلق بها حكم الاحداث كالملاعة

(فصل) وقول المرأة ان ابنتى اشتكت عينيها أفتكحلهاما يحتمل أن تريد أنها اشتكت عينيها وقد برئت أفتتأدى على الاكتمال ويحتمل أن تريد اشتكت عينيها وهى الآن على ذلك الا أنها استأذنت في كحل زينة ولم تستأذن فيما دأوى به العين مما لا زينة فيه مما يجعل خارج العين أو يقطر فيه فلا تكون فيه زينة فنعها صلى الله عليه وسلم من ذلك لما رأى أنها سالمة عما لا ضرورة بها اليه ووجدت لما لك ولم أتصفقه انه قال لا تكحل المتوفى عنها زوجها بالاعمى ولا بشئ فيه سواد ولا بصفرة أو شئ يغير اللون ولا تكحل بأعمديه طيب ولا مسك وان اشتكت عينيها وان صحت عنه هذه الرواية فعنها أن لا تدعوا الى ذلك ضرورة فقد أشار في الحديث الى انها تكحل بما فيه صبرا اذا دعت الى ذلك ضرورة وهو المعروف من مذهبه ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد فهم منه خفة المرض ويسارة الصبر عليه اذانه يرجى برؤه وتوقفه من غير كحل ولذلك قالت أم سامة لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينيها كتحلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار وقال سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار اذا خشيت على بصرها من رمدها أو شكوى أصابتها أنها تكحل وتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب وقال ابن المواز عن مالك ان اكملت من علمه ضرورة بالصبر بالليل فتمسحه بالنهار وان كان فيه طيب عند الضرورة فدين الله يسر وقال مالك في المختصر الصغير لا تكحل الحاد الا ان تضطر فتكحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه فيصتمل أن يريد بهذا أنها لم تضطر الى الطيب

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما هى أربعة أشهر وعشرا على وجه الاخبار بمدة الاحداث الواجب على زوجة المتوفى وذلك أربعة أشهر وعشرا فان اصابته هذه المعتة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم عن مالك أن الاحداث عليها حتى تنقضى الرتبة وان بلغت خمس سنين (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد كانت احدا كن ترى بالبعرة على رأس الخول روى ابن

مزين عن عيسى بن وهب أنها كانت تؤتى ببعرة من بعرا الغنم فترمي بها من وراء ظهرها وروى عن نافع أنها كانت ترمي بالبعرة أمامها وليس وراء ظهرها كما قال بعض الناس قال ابن وهب فذلك أجلها وقد رأيت لغيرها أنها كانت تتأول في ذلك لن صبرها مدة الحول على ما كانت فيه أهون عليها من الرمي بهذه البعرة وقد روى أن قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير أخرج نزل في ذلك ثم نسخ بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا تقديره على ما قال أبو الحسن الأخفش يتربصن بعد وفاتهم أربعة أشهر وعشرا

(فصل) وماذا كرتة زينب من حكم الحول من أنها كانت تسكن الحفش وتلبس شريابها هو معنى الاحداد فذكره النبي صلى الله عليه وسلم أن ما ورد به الشرع في مدة أربعة أشهر وعشرا ليس مما كن يتربص منه في حول كامل نهبهن على ذلك ترغيبا لهن في التزام ما أمرهن الله به وخفف عنهن فيه من الاحداد ولا يتسرعن الى الممنوع منه بغير عذر فوجب ولا يستقلن ما أوجب الله عليهن (فصل) وقول مالك الحفش البيت الردي روى ابن وهب عن مالك الحفش البيت الصغير وكذلك قال الخليل وقال أبو عبيد الحفش الدرج وجمعه أحفاش ولعله شبه البيت الصغير به وسماه باسمه

(فصل) وقوله فتفتض به قال مالك معناه تتمسح به كالنشرة وقال ابن زيد عن عيسى عن ابن وهب فتفتض تمسح بيدها عليه أو على ظهره وقد قيل أن معنى ذلك أنها تنظف به حتى يصير كالفضة ويبعد هذا في شيء من الحيوان لانه لا يتأتى به هذا وانما يتأتى به ما وصفه مالك رحمه الله أو ما قاله ابن وهب وقد قال ابن مزين عن عيسى أن معنى فتفتض به تتمسح به لعلها لانها كانت تقيم حول لا تغتسل ولا تمس طيبا فيكثر عليها الوسخ وتستدرأ تحت العرق فقما تتمسح بشئ الامات وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى مثله والله أعلم ص * مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حادة على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها كتهلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار * مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمدها أو شكوى أصابها أنها تكحل وتندأوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وش قولها رضي الله عنها كتهلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار كحل الجلاء قال أبو عبيدة هو عندنا لا نسمى بذلك لانه يجلو بالبصر فيقويه أو يجلو الوجه فيحسنه وقولها وامسح به بالنهار يقتضى ان له لونا ظاهرا ولذلك أمرتها بمسحه بالنهار * قال القاضي أبو الوليد وذلك عندى اذا لم تدع الى ابقائه بالنهار ضرورة من شدة مرض وعقاقة على البصر وبذلك قال سالم وسليمان انها اذا خشيت على بصرها انها تكحل ولم يخصا كحلا من كحل وانما ذلك بحسب المرض وما تدعو الضرورة اليه وابطاحة ذلك وان كان في الكحل والدواء طيب وأشار مالك الى أن ما أباحه من ذلك للضرورة فان دين الله يسر ص * مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينها وهي حادة على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكحل حتى كادت عيناها ترمضان * ش ومعنى ذلك انها أختت بالشدة في نفسها فصبرت على ما أصابها من مرض أو رمد في عينها ولم تكحلها وأشفقت من معالجتها بذلك حتى كادت عيناها ترمضان والرمض قنى أبيض تلفظه العين يقال عين رمضاء وهذا يقتضى أن

وحدثني عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حادة على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها كتهلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار * وحدثني عن مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمد أو شكوى أصابها أنها تكحل وتندأوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب * قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وحدثني عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينها وهي حادة على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكحل حتى كادت عيناها ترمضان

شكوى عينيها كان أمر أخفيا لان الرض يحدث في العين من أيسر شكوى وهو قد أخبر أن ما أصابها كاد يبلغها ذلك ولم تبلغه وقال ابن القوطية رمضت العين ترمض اذا أضربها القذى وهذا أشبه بنسق الحديث وظاهره فعناءه انه كاد أن يبلغ بما أصابها من شكوى عينيها مع امساكها عن الكحل الى أن يضربها الرض والضرر واقع على مقادير مختلفة متباينة فيحتمل انه أراد الا أن كان يضربها الرض ضررا يشتد عليها والله أعلم قال أبو عبيد الهروي هو رمضان بالضاد المعجمة مأخوذ من الرضاء وهو اشتداد الحر على الحجارة حتى تحمى فتقول حاج بعينها من الحر مثل ذلك فشبّه الحر الذي يظهر بالعين بذلك والمشهور من الرواية ما قدمناه والله أعلم ص ﴿ قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب والله أعلم ﴾ ش ومعنى ذلك انها تدهن رأسها وشعرها بالزيت والشيرق وهو زيت السمسم اذا لم يكن فيما تدهن به من ذلك طيب وقد قال في المدونة لا تدهن بشئ من الأدهان المزينة ولا تمتشط بالحناء ولا بالكتم ولا بشئ يختمر في رأسها ولا بأس أن تمتشط بالسدر وشبهه مما لا يختمر في رأسها تكون له رائحة طيبة لا تمتشط به الحاد قال القاضي أبو محمد كالبان والخيري ودهن الورد والبنفسج وما أشبه ذلك لما أمرت به من اجتناب الطيب والله أعلم وروى ابن المواز عن مالك لا تحضر عمل الطيب ولا تتغبر به وان لم يكن لها كسب غيره حتى تحل (فرع) ولومات زوجها بعد أن مشطت رأسها بشئ من ذلك ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك لا تنفض مشطتها رأيت لواخت ضبت وقال بعض الصقليين اذا زمت المرأة عدة الوفاة وعليها طيب فليس عليها غسله بخلاف من يحرم وعليه طيب وقد قال القاضي أبو محمد ان الكحل والحناء مما تجتنبه الحاد ولا تستعمله الا لضرورة ص ﴿ قال مالك ولا تلبس الحاد على زوجها شيئا من الحلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك من الحلى ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عصا غليظا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يختمر في رأسها ﴾ ش قوله لا تلبس الحاد شيئا من الحلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك مما لا يختمر في رأسها

قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب قال مالك ولا تلبس المرأة الحاد على زوجها شيئا من الحلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك من الحلى ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عصا غليظا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يختمر في رأسها

أعلم قال القاضي أبو محمد وجميع ما يزين به النساء لأزواجهن (فصل) وقوله ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عصا غليظا قال ابن القاسم لان رقيقه بمنزلة الثياب المصبغة ولم ير غليظه بمنزلة الثياب المصبغة وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار تلبس الحاد الوشى الغليظ وحلة يمانية غليظة وانما كره لها أن تلبس من العصب وثياب اليمن الخلل والبرود لانها زينة وتلبس الحاد من المروى والشطوى والقصبى والاسكندرانى رقيقه وغليظه وقال مالك في المدونة لا تلبس الحاد من الثياب المصبغة الدكن والخضر والصفير والمصبغات بغير الورس والزعفران والمعصر قال القاضي أبو محمد لا تلبس الأحمر ولا الأصفر ولا الأخضر ولا الخلق في قال مالك صوفا كان أو كتانا أو قطننا ولا تلبس خزا ولا حرا مصبوغا بزعفران ولا عصفر ولا خضرة ولا غير ذلك قال مالك في كتاب ابن المواز ليس له البس الاسود ان كان حرا وفي المدونة وتلبس

أبيض الحرير قال القاضي أبو محمد وتلبس من ذلك الأسود والأبيض والسابري * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى انهم يريدون بالأسود ما يسمى عندنا غرايبا وأما ما يصبغ بالسماى فانه جميل ومما يتجمل به وقد قال القاضي أبو محمد كل ما كان من الألوان يتزين به النساء لأزواجهن فلتمنع منه الحاد ص * مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حاد على زوجها أبي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة فقالت انما هو صبر يارسل الله قال اجعله بالليل وامسح به بالليل وامسح به بالنهار يحتمل وجهين أحدهما الصبغ الذي يضارع ما يتجمل به والثاني اللباس على الناس فالجاهل يقلد فيه والعالم ينكره وقد روى عن مالك والمختصر الصغير لا تكحل الحاد الا أن تضطر فتكحل بالليل وتمسح به بالنهار من غير طيب يكون فيه ومعنى ذلك عندى بعذر المرض وما يبلغ من الألم ويبقى منه من الشدة ص * قال مالك الاحداد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ما تجتنبه المرأة البالغة اذا هلك عنها زوجها * ش وهذا على ما قال ان الاحداد يلزم الحرة الصغيرة على حسب ما يلزم الكبيرة وكذلك الأمة خلافا لأبي حنيفة والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان امرأة سألته عن ابنة لها توفي عنها زوجها فاشتكت عينيها أفتكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا ولم يسأل عن سنها استدلل بهذا القاضي أبو محمد والدليل على ذلك من جهة المعنى ان كل من لزمها العدة بالوفاة لزمها الاحداد كالكبيرة (مسئلة) فان كانت ممن يعقل الأمر والنهى وتلتزم ما حذر لها أمرت بذلك وان كانت لا تدرى شيئا من ذلك تحذر لصغيرها فروى ابن مزين عن عيسى يجنبها أهلها ما تجتنبه الكبيرة وذلك لازم لها (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لموا الى الأمة منعها من الاحداد والمبيت في موضع عدتها ص * قال مالك تحدد الأمة اذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها * ش وهذا على ما قال ان الأمة تحدد اذا توفي عنها زوجها خلافا لأبي حنيفة لانها معتدة من وفاة كالحره ومدة الاحداد من عدتها شهران وخمس ليال لان عدتها نصف عدة الحره على ما تقدم من اعتدادها بالاقرء والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم أم الولد والمكاتبه والمدبرة لان كل من لزمها عدة وفاة من زوجها لزمها الاحداد وانما يختلف حكم الحرية والرق من ذلك في المدة فعلى الحره أربعة أشهر وعشر وعلى من فيها بقية رقة شهران وخمس ليال ص * قال مالك ليس على أم الولد احداد اذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها احداد وانما الاحداد على ذوات الأزواج * ش وهذا على ما قال انه ليس على أم الولد ولا الأمة احداد اذا توفي عنها سيدها لانه ليس عليها عدة المتوفى عنها زوجها وانما عليها أن تحيض حيضة بعد وفاته وهذا حكم الاستبراء أو حكم العدة وقد تقدم ذكره وبالله التوفيق ص * مالك انه بلغه ان أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت * ش قولها تجمع رأسها بالسدر والزيت على ما يفعله نساء المشرق من أن تجمع المرأة شعرها بشئ يحفظه لها من ريحان أو سدر أو غير ذلك فاذا كانت في حال احداد لم تجمع الا بماء ليس فيه رائحة طيبة كالسدر ويكون ما تجمع به من الادهان كالخل والزيت وهو الشيرق وما أشبه ذلك مما ليس بطيب والله أعلم ثم كتاب الطلاق بجمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

* وحدثني عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حاد على زوجها أبي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة فقالت انما هو صبر يارسل الله قال اجعله بالليل وامسح به بالليل وامسح به بالنهار * قال مالك الاحداد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ما تجتنبه المرأة البالغة اذا هلك عنها زوجها * قال مالك تحدد الأمة اذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها * قال مالك ليس على أم الولد احداد اذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها احداد وانما الاحداد على ذوات الأزواج * وحدثني عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت

بسم الله الرحمن الرحيم ﴿ كتاب الرضاع ﴾ (رضاع الصغير) (١٤٩) ٤ * حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن

عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين أخبرتها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا لم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن على فأيبت أن آذن له حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألت عن ذلك فقال انه عمك فأيبت أن آذن له فقال انه عمك فأيبت عليك قالت عائشة وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * ش قولها لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دخول عم حفصة من الرضاعة عليها بالغة في تحقيق الحكم وما يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم يختص بذلك الانسان أو يكون هناك معنى يعتبر يقترن بكونه عمها من الرضاعة فلما قال لها صلى الله عليه وسلم نعم علمت عموم الحكم واختصاصه بمعنى الرضاع (فصل) وقولها في الحديث الثاني ان عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها فأبى أن تأذن له حتى تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كان حديث عمرة هو الأول فيحصل أن يكون ذلك العم الذي سألت عنه وأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لو كان حيا دخل عليها أو كدسبب من هذا العم الذي استأذن عليها بعد ذلك اما بأن يكون أخا من أب وأم لا بهما من الرضاعة ويكون الثاني الذي جاء يستأذن عليها أخا لأب أو أم فتوقعت أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول أو يكون هذا العم أرضعت زوجته أخيه وزوجها حي والعم الثاني أرضعت زوجته أخيه بعد وفاة أخيه فتوقعت أن يكون هذا الحكم مقصورا على الأول وقد روى عن الشيخ أبي الحسن انه قال هما عمان أحدهما أخو أبيها يعني أبا بكر الصديق رضي الله عنه أرضعتهم امرأة واحدة وهو الذي في حديث عبد الله بن أبي بكر والعم الثاني الذي في حديث هشام هو أخو أبيها من الرضاعة بمعنى ان أباها رضع امرأة بلبن ذلك الفحل وقد روى ابن وهب عن أبي حازم ان المرأة التي أرضعت عائشة هي امرأة أخى الذي استأذن على عائشة وهو أظهر من قول الشيخ أبي الحسن وان كان حديث عروة هو الأول فانها أيضا إنما أنكرت أن يستأذن عم حفصة عليها لما اعتقدت انه ليس له تلك الرتبة من العمومة التي يستحق بها الدخول عليها ولعله كان عم الحفصة بمعنى انه كان أخا لبيها عم من الرضاعة فلما رأت النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك سألت عن عم كان لها في مثل درجته وقعدده فأعلمها النبي صلى الله عليه وسلم انه لو كان حيا لدخل عليها بمثل ذلك السبب (فصل) وقولها يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل على معنى التثبوت وابداء كل شبهة في النفس يعرض فيها لأنها أعلمت بما لم يكن عنده من ذلك فان هذا مما لا يشك فيه أحد وإنما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الرضاع ﴾

(رضاع الصغير)

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن ان عائشة أم المؤمنين أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا لم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن على فأيبت أن آذن له حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألت عن ذلك فقال انه عمك فأيبت أن آذن له فقال انه عمك فأيبت عليك قالت عائشة وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * ش قولها لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دخول عم حفصة من الرضاعة عليها بالغة في تحقيق الحكم وما يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم يختص بذلك الانسان أو يكون هناك معنى يعتبر يقترن بكونه عمها من الرضاعة فلما قال لها صلى الله عليه وسلم نعم علمت عموم الحكم واختصاصه بمعنى الرضاع

(فصل) وقولها في الحديث الثاني ان عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها فأبى أن تأذن له حتى تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كان حديث عمرة هو الأول فيحصل أن يكون ذلك العم الذي سألت عنه وأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لو كان حيا دخل عليها أو كدسبب من هذا العم الذي استأذن عليها بعد ذلك اما بأن يكون أخا من أب وأم لا بهما من الرضاعة ويكون الثاني الذي جاء يستأذن عليها أخا لأب أو أم فتوقعت أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول أو يكون هذا العم أرضعت زوجته أخيه وزوجها حي والعم الثاني أرضعت زوجته أخيه بعد وفاة أخيه فتوقعت أن يكون هذا الحكم مقصورا على الأول وقد روى عن الشيخ أبي الحسن انه قال هما عمان أحدهما أخو أبيها يعني أبا بكر الصديق رضي الله عنه أرضعتهم امرأة واحدة وهو الذي في حديث عبد الله بن أبي بكر والعم الثاني الذي في حديث هشام هو أخو أبيها من الرضاعة بمعنى ان أباها رضع امرأة بلبن ذلك الفحل وقد روى ابن وهب عن أبي حازم ان المرأة التي أرضعت عائشة هي امرأة أخى الذي استأذن على عائشة وهو أظهر من قول الشيخ أبي الحسن وان كان حديث عروة هو الأول فانها أيضا إنما أنكرت أن يستأذن عم حفصة عليها لما اعتقدت انه ليس له تلك الرتبة من العمومة التي يستحق بها الدخول عليها ولعله كان عم الحفصة بمعنى انه كان أخا لبيها عم من الرضاعة فلما رأت النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك سألت عن عم كان لها في مثل درجته وقعدده فأعلمها النبي صلى الله عليه وسلم انه لو كان حيا لدخل عليها بمثل ذلك السبب

(فصل) وقولها يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل على معنى التثبوت وابداء كل شبهة في النفس يعرض فيها لأنها أعلمت بما لم يكن عنده من ذلك فان هذا مما لا يشك فيه أحد وإنما

أنكرت أن يكون لزواج المرضعة تأثير في التحريم لما كان التحريم متعلقاً بالرضاع ولا حظ له فيه فلما قال له النبي صلى الله عليه وسلم انه عمك فليج عليك تحققت ان ما اعترض في نفسها من الشبهة ليس بشئ ولا يتعلق به حكم وثبت بذلك ان تحريم الرضاع يتعلق بجنبته زوج المرضعة كما يتعلق بجنبته المرضعة .

(فصل) وقوله رضي الله عنها وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب تريد ان اباحة دخول النعم من الرضاعة عليها . كان بعد ان ضرب الحجاب ومنع أن يدخل عليهن الا ذو محرم وأما قبل أن يضرب الحجاب فلم يكن يمتنع من ذلك أحد من الاجانب والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة يقتضى ان كل من يتعلق به التحريم بسبب الولادة يتعلق به بسبب الرضاعة فكما ان الولادة تحرم الاعمام والاخوة والاجداد فكذلك سبب الرضاع ولا يمتنع من ذلك أن يوجد اللبن للمرأة دون الرجل كاللبن يوجد بالبكر لان غالب أحواله انه لا يكون الا عن ولادة ولكن يحمل ما يوجد من ذلك على عموم سببه أو خصوصه وقد وجد عيسى صلى الله عليه وسلم على نبينا وعليه بغير أب ولم يمتنع ذلك من أن يتعلق التحريم بجنبته الأب بسبب الولادة بجنبته الام (مسئلة) اذا ثبت ان للفحل تأثيراً في اللبن فان ذلك التأثير يثبت بالوطء وان لم تقترن به ولادة قاله ابن القاسم واحتج بما روى عن مالك انه قال الماء يعمل اللبن وقال صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهي عن الغيلة قال مالك والغيلة أن يطأ الرجل المرأة وهي ترضع واذا كان للوطء تأثير في اللبن وادار له دور ولادة جاز أن يكون له في التحريم تأثير كما لو تقدمته ولادة (مسئلة) لو ولدت امرأة من رجل فأرضعت المولود وفطمته ثم أرضعت بعد الفصال بذلك اللبن طفلاً آخر لكان ذلك الرجل أباً له قاله ابن القاسم ووجهه ان أصل ذلك اللبن من وطئه فجميعه مضاف اليه حتى يقطع بينه وبين ما أتى بعد انقطاعه وطء لغيره (مسئلة) ولو طلقها الزوج وهي ترضع فتزوج غيره بعد انقضاء عدتها فحملت منه ثم أرضعت طفلاً قال ابن القاسم اللبن لهما ما لم ينقطع لبن الأول وقد رواه ابن نافع عن مالك ووجه ذلك ان لوطء كل واحد منهما تأثيراً في ذلك اللبن فوجب أن ينشر الحرمة في جنبته ولم يذ كر محمد فحملت منه ولا معنى لاعتبار الحمل وانما يعتبر بالوطء قاله القاضي أبو محمد (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن عن وطء حلال أو حرام قاله القاضي أبو محمد لانه لبن امرأة فكان له تأثير في التحريم كما لو حدث عن وطء حلال واختلف فيه قول مالك فقال كل وطء لا يلحق به الولد فلا يحرم على الفحل ثم رجع الى أن يحرم وقال عبد الملك لا يلحقه بذلك اللبن حرمة حين لم يلحق به الولد ووجهه انه وطء زنى فلم تعد حرمة الى جنبته الأب كحرمة النسب (مسئلة) وهذا اذا كان ما يدر من ندى المرأة لبناً فان كان ماءً أصفر أو غيره فلا يحرم رواه ابن سحنون عن ابن القاسم لان الرضاع يختص باللبن فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن بغير وطء كالبكر يمص ثديها الصبي فتدر عليه فان ذلك ينشر الحرمة بسببها دون سبب أب لانه لا أب له في الرضاع ويدل على ذلك قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولم يفرق بين الرضاع بلبن فحل أو غيره (مسئلة) وسواء كان لبن حية أو ميمة خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذا لبن مؤثر في التحريم ووصل الى جوف الرضيع في الجوارين مع الحاجة الى الاغتذاء به فوجب أن ينشر الحرمة كلبن الحية (مسئلة) واذا در الرجل على الطفل فأرضعه قال مالك لا يحرم شيئاً انما قال الله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم

ووجه ذلك أن المعتاد رضاع النساء وهذا أن وجد فنادر ولا يتعلق به حكم لانه خارج من غير مخرجه المعتاد فاشبهه بمص دمه ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها أخبرته أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو وعمها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت أن آذن له على فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له على * ش قولها أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني واسم أبي القعيس وائل بن أفلح وهو عم عائشة من الرضاعة وقولها وهو وعمها من الرضاعة الظاهر أن أبا القعيس كان أباهما من الرضاعة ولذلك ينتسب أفلح إلى أخوة إلا أن يكون نسب إليه لشهرته بالكنية أو غير ذلك فيكون أفلح بن أفلح أخا أبي القعيس وائل بن أفلح ولو كان أفلح أخا أبي بكر من الرضاعة لنسبته إليه لأن الظاهر أنها قصدت إلى أن تبين وجه عمومته وتعلق التحريم الثابت له بالرضاعة

(فصل) وقولها فأمرني أن آذن له على مرتين تريد والله أعلم بما تقدم من الانتساب الذي ذكرته من كونه عمالها ص * مالك عن ثور بن زيد الدثلي عن عبد الله بن عباس أنه كان يقول ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم * ش قوله ما كان في الحولين وإن مصة واحدة فإنه يحرم يقتضي أن مدة الحولين مدة الرضاع إذا توالى فيها الرضاع واتصل ولو فطمته أمه فاستغنى بالطعام ثم أرضعته بعد ذلك أمرأة في الحولين لم يحرم ذلك الرضاع وبه قال الأوزاعي وابن القاسم وأصبغ وقال مطرف وابن الماجشون يحرم إلى انقضاء الحولين وبه قال الشافعي وجه القول الأول أن الحولين مدة لنهاية الرضاع وإكماله قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فعلق ذلك بإرادة الإتمام ولو لم يصح فطام قبل ذلك لما علق ذلك بإرادة من يريد إتمام الرضاعة ووجه القول الثاني أن للحولين اختصاصا بالرضاع فإذا وجد فيها ماء حرم كالأصل (مسألة) وإنما يكون ذلك إذا فصل بين الرضاع الأول والثاني فطام كامل باستغنائه عن الرضاع بما انتقل إليه من الطعام فأما فطام يوم أو يومين فإنه ينشر الحرمة لأن الرضاع الثاني مما يغذيه لانه لم ينتقل بعد عن التغذي قال معناه ابن القاسم والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت أحدهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية ففعل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا للقيح واحد * ش منع عبد الله بن عباس أن يتزوج الغلام الجارية لما قدمناه من أنهما أخوان لأب من الرضاعة لأن الذي در اللبن عن وطنه وأضيف إليه رجل واحد ولذلك قال عبد الله بن عباس للقيح واحد فنص على معنى المسئلة والله أعلم ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير * ش قوله لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر ولم يحدد ذلك بالحولين يحتمل أن يريد أن ما قرب من الحولين في حكم الحولين دون زيادة عليهما وبه قال الشافعي وهو ظاهر ما في الموطأ عن مالك ورواه القاضي أبو الفرج عن مالك إلا أن تنقص اليوم واليومين وما ينقص من الشهور إذا لا يتفق أن تكون الشهور كاملة وقد قال الله تبارك وتعالى حولين كاملين وروى اسمعيل القاضي عن ابن الماجشون الزيادة على الحولين بقدر الزيادة على الشهور ونقصانها ونحوه قال سحنون وروى عن مالك الزيادة اليسيرة على الحولين في حكم الحولين وجه القول الأول قول الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فوجه الدليل منها أنه تعالى جعل

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها أخبرته أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو وعمها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت أن آذن له على فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له على * وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الدثلي عن عبد الله بن عباس أنه كان يقول ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت أحدهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية ففعل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا للقيح واحد * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير

الحولين تمام الرضاعة فدل ان ما زاد عليها ليس بمدة الرضاعة لان الرضاعة تمت قبلها ووجه الرواية الثانية ان ما زاد على الحولين في حكم الحولين لانه لا يستغنى عن الرضاع بانقضاء الحولين بل يحتاج الى تدريج فكان ما قاربهما وتم حكمهما في معناه (فرع) فاذا قلنا باعتبار الزيادة على الحولين فكذلك روى عبد الله بن عبد الحكم الزيادة اليسيرة وروى عبد الملك بن الماجشون الشهر ونحوه وروى ابن القاسم الشهر والشهران وروى الوليد بن مسلم والثلاثة وقال أبو حنيفة الحولان وستة أشهر بعد همامدة الرضاع سواء فطم قبلها أو لم يطم والدليل على ما نقوله ان النص تناول حولين وانهما تمام الرضاع فانهما يجب أن يكون تبعاً للمدة اليسيرة التي ينقضي في مثلها حكم الفطام دون المدة الطويلة التي لها حكم نفسها فلا يحتاج الحولان اليها في تمام حكمها ص * مالك عن نافع ان سالم بن عبد الله أخبره ان عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر فقالت أرضعني عشر رضعات حتى يدخل علي قال سالم فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعني غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات * مالك عن نافع ان صفية بنت أبي عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها * ش قوله أرسلتني الى أم كلثوم ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها لانها تكون خالة له من الرضاع فيحرم بذلك عليها كمال ولدته أم كلثوم وانما يجب أن تعتبر بهذا فيجعل المرضعة والدة فكل من كان يحرم عليه بها الولدته يجب أن يحرم عليه اذا أرضعته (فصل) وقوله فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت يروى مرضت باضافة المرض الى سالم ويروى مرضت باضافة المرض الى أم كلثوم وهو الظاهر لان مرض سالم لم يكن يمنعها من ذلك وان منعها في وقت من الأوقات الا أن يبعد مكانه ويتعذر تكراره عليها .

(فصل) وقوله فلم أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات ثم روى عنها انها قالت ثم نسخ ذلك بخمس رضعات يحرم من ولعل ما اعتقده من النسخ لم يظهر اليها الا ما أمرت به في قصة سالم بن عبد الله ولم تتم الخمس رضعات الناسخة عندها فلم يكن يدخل عليها وروى علي بن أبي طالب وابن عباس تحريم القطرة الواحدة اذا وصلت الجوف في مدة الرضاع وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأبو حنيفة وروى عن عبد الله بن الزبير لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وروى عن عائشة عشر رضعات وروى عنها نسخها خمس رضعات والدليل على ما نقوله قول الله تبارك وتعالى وأمهاتكم اللائي أرضعنكم ولم يفرق بين رضعة وأكثرت ذلك وأما الحديث الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحرم المصاة ولا المصتان فعناه عند شيوخنا أن المصاة والمصتان لا تحرم لانه لا يحصل بها اجتذاب شيء من اللبن حتى يتكرر ذلك ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى ينشر الحرمة فلم تعتبر فيه الولادة والطهر ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره ان عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها أو بنات أخيا ولا يدخل عليها من أرضعته نساء أخوتها * ش قوله كان لا يدخل عليها من أرضعته نساء أخوتها ظاهره خلاف لما روت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أذن لها أن يدخل عليها أخواتي القيس والأصح ان هذا وقع فيه بعض الوهم فيما روى من ذلك عنها فلم تكن لتخالف ما سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم أو دخل عليها رضي الله عنها تأويل صرفت به ما سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم عن

* وحدثنى عن مالك عن نافع أن سالم بن عبد الله أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر فقالت أرضعني عشر رضعات حتى يدخل علي قال سالم فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعني غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات * مالك عن نافع ان صفية بنت أبي عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها * وحدثنى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها أو بنات أخيا ولا يدخل عليها من أرضعته نساء أخوتها

* وحديثي عن مالك عن ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب (١٥٣) عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان

في الحولين وان كانت
قطرة واحدة فهو يحرم
وما كان بعد الحولين
فانما هو طعام يأكله قال
ابراهيم بن عتبة ثم سألت
عروة بن الزبير فقال مثل
ما قال سعيد بن المسيب
* وحديثي عن مالك عن
يحيى بن سعيد انه قال
سمعت سعيد بن المسيب
يقول لا رضاعة الا ما كان
في المهد والا ما أنبت اللحم
والدم * وحديثي عن
مالك عن ابن شهاب أنه
كان يقول الرضاعة قليلها
وكثيرها تحرم والرضاعة
من قبل الرجل تحرم قال
يحيى وسمعت مالك يقول
الرضاعة قليلها وكثيرها
اذا كان في الحولين تحرم
فانما كان بعد الحولين
فان قليله وكثيره لا يحرم
شيأ وانما هو بمنزلة الطعام
* ما جاء في الرضاعة

بعد الكبر *

* حديثي يحيى عن مالك
عن ابن شهاب أنه سئل
عن رضاعة الكبر فقال
أخبرني عروة بن الزبير
ان أباحذيفة بن عتبة بن
ربيعة وكان من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه
وسلم وكان قد شهد بدرا

(٢٠ - منتقى - بع) وكان تبني سالما الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة كما تبني رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأنكح أبوحذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

عمومه أو ما شاء الله تعالى من ذلك ويحتمل أن تريد به ان من أرضعته اخواتها أو بنات أخيه فأى وجه
وجد الرضاع منهن ومن أى زوج كان أثبت حرمة الرضاع في الدخول وغيره وأما نساء اخوتها فمن
أرضعته قبل أن يتزوجهن اخوتها لم يكن يدخل عليها ولا تثبت به حرمة الرضاع ص * مالك عن
ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان في الحولين وان كانت
قطرة واحدة فهو يحرم وما كان بعد الحولين فانما هو طعام يأكله قال ابراهيم بن عتبة ثم سألت
عروة بن الزبير فقال مثل قول سعيد بن المسيب * مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت سعيد بن
المسيب يقول لا رضاعة الا ما كان في المهد والا ما أنبت اللحم والدم * ش قوله رضى الله عنه ما كان
في الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وعلى أى وجه وصل ذلك من وجور أو لدود رواه ابن
حبيب عن مالك وأصحابه وكذلك ان كان مأكولا في طعام أو مشروباً في شراب فان ذلك كله يقع
به التغذى وأما السعوط فقال ابن القاسم ان وصل السعوط الى جوف الصبي حرم وقال ابن
حبيب يحرم على الاطلاق وبه قال الشافعي وأما الحفنة فقال ابن القاسم ان كان فيه غذاء الصبي
حرم والا فلا وقال ابن حبيب يحرم على الاطلاق وقال أبو محمد بعد أن يصل الى موضع يحصل به
التغذى والله أعلم (مسألة) ولو مزج اللبن بطعام أو شراب أو دواء فتناوله صبي فان كان اللبن
ظاهراً فيه نثر الحرمة وان غابت عينه ففي المدونة عن ابن القاسم لا يحرم شيئاً وبه قال أبو حنيفة وروى
ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يحرم اذا كان الطعام أو الشراب الغالب وروى عنه
القاضي أبو محمد هذه الرواية فقال يحرم وان كان اللبن مستهلكاً وجه القول الاول ان استهلاكه
يبطل حكمه بدليل ان الخالف لا يشرب لبناً لا يحنث قاله القاضي أبو محمد ووجه القول الثاني ان
اختلاط اللبن بغيره لا يبطل حكمه كما لو لم يستهلك فيه لان الغذاء يحصل به للطفل في الوجهين
ص * مالك عن ابن شهاب انه كان يقول الرضاعة قليلها وكثيرها يحرم والرضاعة من قبل الرجال
تحرم قال يحيى وسمعت مالك يقول الرضاعة قليلها وكثيرها اذا كان في الحولين تحرم قال فأما
ما كان بعد الحولين فان قليله وكثيره لا يحرم شيئاً وانما هو بمنزلة الطعام * ش قوله مالك رحمه الله
ما بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم يحتمل وجهين أظهرهما ما يقتضيه اللفظ من أن الحولين مدة
للرضاعة دون ما زاد عليها وقد رواه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو الفرج وروى عن ابن
الماجشون وسحنون والوجه الثاني أن يريد به الحولين وما في حكمهما لان ما زاد على الحولين
عنده في حكم الحولين لانه به يتم حكمهما والمقصود منهما

* ما جاء في الرضاعة بعد الكبر *

ص * مالك عن ابن شهاب انه سئل عن رضاعة الكبر فقال أخبرني عروة بن الزبير ان أباحذيفة
ابن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرا وكان تبني سالما الذي
يقال له سالم مولى أبي حذيفة كما تبني رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأنكح أبوحذيفة
سالما وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

المهاجرات الأول وهي من أفضل أيامي قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم يأتوا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم (١٥٤) رد كل واحد من أولئك الى أبيه فان لم يعلم أبوه رد الى مولاه

المهاجرات الاول وهي من أفضل أيامي قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم رد كل أحد من أولئك الى أبيه فان لم يعلم أبوه رد الى مولاه فجاءت سهيلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وأنافضل وليس لنا الايت واحد فاذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها ففعلت فكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فحين كانت تحب أن يدخل عليها من الرجل فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحب أن يدخل عليها من الرجال وأبي سائر أواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيلة بنت سهيل الارخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * ش جواب ابن شهاب من سأله عن رضاعة الكبير بهذا الحديث وما تضمنه من الخلاف دليل على ترجحه في الامر وتوقيفه فيه وقوله وأنافضل قال ابن وهب مكشوفة الرأس والصدر وقيل معناه أن يكون معه ثوب واحد لا ازار تحته وقيل عن الخليل يقال رجل متفضل وفضل وهو المتوشح بثوب على عاتقيه خالف بين طرفيه ويقال امرأة فضل وثوب فضل فغنى ذلك انه كان يدخل عليها وبعض جسدها متكشف وقوله صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات قال ابن المواز لو أخذ به في الحجابة خاصة لم أعبه وتركه أحب الينا قال وماعلمت من أخذه عا ما الا عائشة رضي الله عنها وقد روى مسروق عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فكانه تغير وجهه كأنه كره ذلك فقالت انما هذا أخي فقال صلى الله عليه وسلم انظري من أخواتك فانما الرضاعة من المجاعة وهذا يمنع التحريم برضاع الكبير ولعلها حلت على التحريم ومن جهة الفعل ان كان أخوها ذلك أثار رضاعة من قبل الفعل ولذلك كانت تأمر بارضاع من يدخل عليها وأختها وبنات أخيها ولا تستبيح ذلك بارضاع نساء أخوتها وترى أن التحريم من قبل الفعل يختص بالصغير ولعلها كانت تقول به وترى التأويل مأتا ولته وتأخذ في فعلها بالاحزم وماعين لنا أحد دخل عليها برضاعة الكبير وفي هذا الحديث الذي رواه مسروق عنها دليل على ان الرخصة في قصته مختصة به وبسهيلة بنت سهيل لأنه لفظ خاص وقوله صلى الله عليه وسلم انما الرضاعة من المجاعة نفي لثبوت حكم الرضاعة في وقت لا يقع به الاغتذاء على عمومه فيجب أن يحمل على عمومه الا ما خص منه بحديث سالم والله أعلم ص * مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل الى عبد الله ابن عمر وأنامعه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن الخطاب فقال اني كنت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتى اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

فجاءت سهيلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وأنافضل وليس لنا الايت واحد فاذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها وكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فحين كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحب أن يدخل عليها من الرجال وأبي سائر أواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيلة بنت سهيل الارخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده

لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل الى عبد الله بن عمر وأنامعه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال اني كنت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتى اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها واثت جاريته فأنما الرضاعة رضاعة الصغير * مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلاً سأل أبا موسى الأشعري فقال انى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تنفى به الرجل فقال أبو موسى فأتقول أنت فقال عبد الله بن مسعود لا رضاعة الا ما كان فى الحولين فقال أبو موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الخبر بين أظهركم * ش قوله ان رجلاً سأل عبد الله بن عمر هو أبو عيسى عبد الرحمن بن حبيب الانصارى سأل عن رضاعة الكبير عبد الله بن عمر فأخبره عبد الله بن عمر بما عنده فى ذلك عن أبيه عمر رضى الله عنه وذلك يتضمن أن مذهبه فى ذلك مذهبه لأن من يروى حديثاً وعمل به اقتضى عمله به الأخذ به وتصديق روايته وتقليد من نقل عنه أو موافقته عليه من جهة نظر وعلم

(فصل) وقول عمر للذى أرضعت امرأته جاريته أوجعها يحتمل أن يريد به إذا ما قصده من تحريم جاريته عليه وذلك مما لا يعمل لها ويحتمل أن يريد به إجماع نفسها باستدامة وطء جاريته لأن ذلك مما يشق عليها والله أعلم

(فصل) وقول أبي موسى للذى سأله عن حكم ما مص من ثدى امرأته من اللبن ما أراها الا قد حرمت عليك لعلمه ممن رأى فى ذلك أن رضاع الكبير يحرم وهو مذهب لم يأخذه أحد من الفقهاء وقد انعقد الإجماع على خلافه مع ما ظهر من رجوع أبي موسى عنه

(فصل) وقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنظر ما تنفى به الرجل على وجه الإنكار عليه وإبداء المخالفة له ولعله قد كان عنده فيه علم عن النبي صلى الله عليه وسلم مما روى عنه صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة من الجماعة أو غير ذلك ويقتضى ذلك أن كل مجتهد ليس مصيباً ولو اعتقد عبد الله بن مسعود أن مخالفته مصيب لما سأل عن الإنكار عليه

(فصل) وقول أبي موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الخبر بين أظهركم رجوع الى ما ظهر من الحق وانقياد لفضل ابن مسعود وعلمه وتقدمه وقصر الناس على سؤاله لما اعتقد من تفوقه فى العلم عليه

* جامع ما جاء فى الرضاعة *

ص * مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل أنه قال أخبرنى عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية أنها أخبرتها أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم * قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع * ش قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه هكذا وقع عندى فى رواية يحيى بن يحيى عن جدامة بالذال غير معجمة وقال لى أبو ذر حين سماعى منه موطأ أبي مصعب منه رواية جدامة بالذال المعجمة ولكن رواية جدامة بالذال غير معجمة وقول مالك الغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع قاله الأصمعى وأبو عبيد الله المهرورى والاسم الغيل وقد أعمال الرجل ولده اذا فعل

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلاً سأل أبا موسى الأشعري فقال انى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تنفى به الرجل فقال أبو موسى فأتقول أنت فقال عبد الله بن مسعود لا رضاعة الا ما كان فى الحولين فقال أبو موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الخبر بين أظهركم

* جامع ما جاء فى الرضاعة *

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار وعن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * وحدثنى عن مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل أنه قال أخبرنى عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية أنها أخبرتها أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى

ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع

ذلك والمرأة المغيلة التي ترضع ولدها وهي توطأ وأهل الطب يزعمون أن ذلك اللبن داء ويقال قد أغيلت المرأة إذا سقت غيلاً

(فصل) وقوله الغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع قال ابن حبيب عزل عنها أو لم يعزل وقال الشيخ أبو عمران إنما حقيقة الغيلة الوطء مع الانزال الآن يريد ابن حبيب أن الرجل إذا لم ينزل أنزلت المرأة لأن ماءها يغير اللبن وحكى ابن أبي زمنين أن أصل الغيلة هنا الضرر بقا. خفت غائلة كذا أي خفت ضرره * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعسدى أن يكون معناه أن الوطء يغيل اللبن بمعنى يكثره وإذا كان له فيه تأثير بالكثير جاز أن يكون له تأثير بالتغيير قال بعض أهل اللغة إن الغيلة أن ترضع المرأة المرضع ولدها وهي حامل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهى عن الغيلة يدل على أنه قد كان يقضى ويأمر وينهى بما يؤديه إليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شيء ولذلك هم أن ينهى عن الغيلة لما خاف من فساد أجساد أمتهم وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والر وم تفعل ذلك فلا يضر أولادهم ذلك يحفل أن يريد صلى الله عليه وسلم أنه لا يريد أن يضر ضرراً عاماً وإنما يضر في النادر فلذلك لم ينه عنه ولم يحرمه رفقا بالناس لما في ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة فيمتنع من وطئها مدة فتدحقه بذلك المشقة وهذه مشقة عامة فكانت مراعاتها أرفق بأمتهم من المشقة الخاصة التي لا تلحق إلا اليسير من الأطفال والله أعلم قال ابن حبيب العرب تتقى وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح في جسم أو علة (مسألة) وإذا آجرت امرأة نفسها في الرضاع باذن زوجها فان لوالدها الصبي أن يمنع زوجها من وطئها مدة الرضاع قاله ابن القاسم قال أصبغ ليس ذلك إلا بشرط في أصل الاجارة أو يكثر ضرر الصبي به ويتبين ذلك فيمنع ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخت بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن * قال مالك وليس على هذا العمل * ش قوله رضي الله عنها كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من هذا الذي ذكرت عائشة رضي الله عنها أنه نزل من القرآن مما أخبرت عن أنه ناسخ أو منسوخ لا يثبت قرآننا لأن القرآن لا يثبت إلا بالخبر المتواتر وأما خبر الآحاد فلا يثبت به قرآن وهذا من أخبار الآحاد الداخلة في جملة الغرائب فلا يثبت بمثله قرآن وإذا لم يثبت بمثله قرآن فمن مذهبننا أن من ادعى فيه أنه قرآن وتضمن حكماً فانه لا يثبت ذلك الحكم إلا أن يثبت بما يثبت به القرآن من الخبر المتواتر لأن ذلك الحكم ثبوته فرع عن ثبوت الخبر قرآننا ولو سلمنا أنه من جملة ما يصح التعلق به لما كانت فيه حجة لأنها قالت أنه كانت فيه عشر رضعات معلومات يحرم من ولا يدل أن ما دون العشرة لا يحرم من الأمن جهة دليل الخطاب وقد قررنا أن لا نقول به ولو كنا نقول به لخصناه وعدلنا عنه بما تقدم من أدلتنا

(فصل) ويحتمل أن تريد بقولها ثم نسخت بخمس معلومات يريد نسخ اسمها وتلاوتها دون حكمها بان تلي مكان العشر الرضعات خمس رضعات ولذلك لم تتعرض لذلك الحكم وإنما أخبرت عن التلاوة فقالت فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي مما يقرأ ولم تقل وهي مما يعمل به ولا يحرم بمادونه ولا يحتاج الزيادة عليها في ثبوت التصريح وبالله التوفيق

(فصل) وقول مالك رحمه الله وليس على هذا العمل يريد ليس تأويل الفقهاء الذين يعمل

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخت بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن قال يحيى قال مالك وليس على هذا العمل

بأقوالهم ويعتد على مذاهبهم فيها على ما يتأولونه فيها لانه وان يسرع الناس الى تأويلها على غير وجهها فليس كل من يتعاطى ذلك يفهم وجه التأويل وان كرر عليه بل قد يتعقب بالتأويل والنظر ولا سيما في وقتنا من يضعف فهمه عن تحقق الظواهر فاستغنى عن فهمهم بقوله ليس على هذا العمل والمراد به ما قدمناه والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم
 ﴿ كتاب البيوع ﴾
 ﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن الثقة عنده عن عمر بن
 ابن شعيب عن أبيه عن
 جده أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم نهى عن
 بيع العربان * قال
 مالك وذلك فيما يرى والله
 أعلم أن يشتري الرجل
 العبد أو الوليدة أو
 يتكاري الدابة ثم يقول
 للذي اشترى منه أو
 تكاري منه أعطيك
 دينارا أو درهما أو أكثر
 من ذلك أو أقل على أني
 ان أخذت السلعة أو
 ركبته ما تكاريته
 منك فالذي أعطيك هو
 من ثمن السلعة أو من كراء
 الدابة وان تركت ابتياع
 السلعة أو كراء الدابة فما
 أعطيتك لك باطل بغير
 شيء

ص * مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان * قال مالك وذلك فيما يرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكاري منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أني ان أخذت السلعة أو ركبته ما تكاريته منك فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة وان تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء * قوله نهى عن بيع العربان البيع معروف وهو يقتصر الى إيجاب وقبول ويلزم بوجودهما بلفظ الماضي فاذا قال المبتاع بعني فقال البائع بعتك فقد حكي أصحابنا العراقيون ان البيع يصح وينعقد به وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك اشتريت أو قبلت والدليل على صحة ما نقوله ان كل ما كان إيجابا وقبولا في عقد النكاح كان إيجابا وقبولا في البيع كما لو قال قبلت بعد الإيجاب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فليس للإيجاب والقبول لفظ معين وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود الا أن في الألفاظ ما هو صريح لا يحتمل التأويل مثل أن يقول البائع بعتك هذا الثوب بدينار فيقول المبتاع قد قبلت أو يقول المبتاع قد ابتعت منك هذا الثوب بدينار فيقول البائع قد بعته منك فهذا يلزم به العقد المتبايعين وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجرد حاجتي يقترب بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع وذلك مثل أن يقول المبتاع بكم سلعتك فيقول البائع بدينار فيقول المبتاع قد قبلت فيقول البائع لا أبيعك فان كان في سوق تلك السلعة في العتية من رواية أشهب عن مالك يلزمه البيع وفي المدونة من رواية ابن القاسم يحلف ما ساومه على ارادة البيع وما ساوم الا أمر يذكره عند ذلك ولا يلزمه البيع وجه رواية أشهب أن إيقافه في السوق دليل على ارادة البيع وقد وجد منه لفظ يصح أن يستعمل في البيع فوجب أن يلزمه ووجه رواية ابن القاسم انه يصح أن يكون له غرض من تعرف ثمن سلعة ونهاية ما يعطى بها واللفظ ليس بصريح في انفاذ البيع لان البيع علق بالمستقبل دون الماضي فاذا حلف انه لم يرد البيع وانما أراد ما يمكن ارادته ويصح الغرض فيه لم يلزمه وأن يحلف لزمه البيع وهذا ان لم يكن لاعتبار ان علم أنه قصد اللعب لم يلزمه البيع رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله بيع العربان فسر مالك بما تقدم وقال ابن حبيب العربان أول الشيء وعنفوانه والمنهى عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع ولذلك أضافه اليه على وجه ان كره المشتري البيع كان مادفعه للبائع دون عوض فهذا الذي نهى عنه لانه من أبين المخاطرة وأما العربان الذي لم ينه عنه فهو أن يبتاع منه ثوبا أو غيره بالخيار فيدفع اليه بعض الثمن محتوما عليه ان كان مما لا يعرف بعينه على

انه ان رضى البيع كان من الثمن وان كره رجع اليه ذلك لانه ليس فيه خطر يمنع صحته وانما فيه تعيين للثمن أو بعضه (مسئلة) اذا وقع البيع والكراء على ما منع منه من بيع العريان فقد قال على بن دينار يفسخ وان فات كانت فيه القيمة ووجه ذلك ما دخله من الضرر والخطر بما ذكره من العريان ص * قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبد أو بالأعبد إلى أجل معلوم اذا اختلف فبان اختلافه فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وان اختلفت أجناسهم * قال مالك ولا بأس بأن تباع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه * ش وهذا كما قال وذلك ان يبيع الجنس الواحد من السلع والحيوان بعضه ببعض على ضربين نقدا ونسا فأما النقد فهو جائز في الجنسين والجنس الواحد ما لم يكن مقتاتا متفاضلا وأما النسا فهو على ضربين أحدهما أن يكون العوض من غير جنس المعوض منه والآخر أن يكون من جنسه فان كان من غير جنسه جاز التفاضل وان كان من جنسه لم يجز متفاضلا وذلك في أربعة أبواب * الأول ان ما ليس بمقتات ولا عين فانه يجوز التفاضل فيه نقدا * والباب الثاني ان النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض * والباب الثالث ان النساء مع اختلاف المنافع لا يمنع المعاوضة * والباب الرابع في بيان معنى المنافع المقصودة في الأجناس

(الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا)

وهو مذهب مالك رحمه الله وسأني ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة)

وهو مذهب مالك رحمه الله وقال الشافعي كل ما يجوز فيه التفاضل يدايد فانه يجوز فيه التفاضل والتساوي نساء والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك رحمه الله ما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قال أبو عيسى الترمذي حديث الحسن عن سمرة في بيع الحيوان بالحيوان صحيح وسامعه منه صحيح كذلك قال علي بن المديني ولنا في المنع من ذلك من جهة المعنى طريقان أحدهما انه ممنوع منه لنفسه والثاني انه ممنوع منه للذريعة فأما الطريقة الأولى فان اشتراط الزيادة في الجنس مع الأجل مفسد للعقد كاشتراطه في السلف وأما المنع منه للذريعة فانه لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز ولا فرق بينه وبين اشتراطه في البيع من جهة الصورة فوجب أن يكون ممنوعا لئلا يتوصل به إلى الممنوع المتفق على تحريمه (مسئلة) اذا ثبت المنع مع التفاضل فهل يثبت على التساوي قال القاضي أبو محمد ان ذلك جائز ورواه ابن القاسم وغيره وبه قال أبو حنيفة وجه قول القاضي أبي محمد أن المنع من ذلك انما هو للذريعة ومع التساوي تضعف التهمة فيبطل حكم المنع ووجه القول الثاني أن هذه ذريعة إلى قرص تعبر به منفعة فيكون من له الثوب يدفعه في مثله ليكون في ضمان القابض له إلى أجل تعاقدتهما ووقت انتفاعهما ولما كان هذا عقدا منع من التفاضل فيه وجب أن يمنع من التساوي كالعرض

(الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يبيع بعض الجنس ببعضه إلى أجل متفاضلا)

وهو مذهب مالك وقال أبو حنيفة ان ذلك لا يجوز مع اختلاف المنافع اذا كانا من جنس والدليل على ما نقوله قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

* قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبد أو بالأعبد إلى أجل معلوم اذا اختلف فبان اختلافه فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وان اختلفت أجناسهم * قال مالك ولا بأس بأن تباع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه

وهذا عام وهذه المسئلة عندنا مبنية على أن اختلاف المنافع هي المعتبرة في الجنس فإذا ثبت لنا هذا ثبت جواز التفاضل لانه لا يخالفنا في جواز التفاضل في الجنسين مع التساوي وسندل عليه ان شاء الله تعالى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الكبير في الصغيرين الى أجل لانهما جنسان متباينان وليس فيهما وجه من وجوه التهمة وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ان مالكا كره أن تسلم كبار الحمر في صغار البغال لانها تنتج منها البغال الا أن يكون الأجل قريبا خمسة أيام وشبهها مما لا تهمة فيه وهذا ليس من الوجه المذكور وانما هو لانه لا يجوز أن تسلم شيئا مما يخرج منه لما فيه من أنواع المزانية فاذا آن ذلك لان أجل السلم يمنع من أن يخرج منه ما سلم فيه صح ذلك وبالله التوفيق (مسئلة) وأما تسليم صغير في كبيرين الى أجل فروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم اجازته وروى ابن المواز المنع منه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا انما يجب عندي أن يمنع الى أجل يكبر فيه مثل ذلك الصغير فيصير مثل الكبير المسلم فيه وذلك من الوجه المتقدم وليس من معنى هذا الباب بسبيل وذهب جمهور أصحابنا الى المنع من تسليم صغير في كبير أو كبير في صغير ويجب أن يكون بمعنى ما تقدم من المنع في المسئلتين المتقدمتين وقد اختلفوا في تجوز صغيرين في كبيرين وكبيرين في صغيرين وذكر القاضي أبو محمد ان ذلك كله جائز وهو الصحيح لانهما جنسان يختلفان يصح التفاضل بينهما فصح التساوي كالتياب بالابل والبقر ووجه آخر وهو ان التفاضل في المقدار أبلغ في افساد العقود من التفاضل في الصفات بدليل انه لا يجوز التفاضل بالنقد في الطعام ويجوز فيه التفاضل بالجودة والصفة ثم ثبت وتقرر ان هذا يجوز فيه التفاضل بالمقدار فبان يجوز فيه التفاضل بالصفة أولى وأخرى (مسئلة) وأما اختلاف الجنس بالمنافع مع الاتفاق في السن فلا بأس به الواحد بالاثنين والاثنين بالواحد وهل يسلم الواحد من ذلك في الواحد روى القاضي أبو اسحق في مبسوطه عن مالك اجازته في البعير النجيب بالبعير من حاشية الابل وفي المدونة مثل ذلك عن ابن القاسم في العبد التاجر في العبد الذي ليس بتاجر وهو الصواب لان اختلاف المنافع قد جعلهما جنسين يجوز فيهما التفاضل فبان يجوز فيهما التساوي أولى وعقد هذا الباب انما حكم فيه بالجنسين فان التساوي والتفاضل يجوز فيهما

(الباب الرابع في تبين المنافع المقصودة التي يتبين بها معنى الجنس)

الأصل في ذلك ان معنى الجنس عندنا في هذا الباب ما انفرد بالمنفعة المقصودة منه فاذا اختلف الشيان في المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين وان سمي باسما واحدا وان اتفقا في المنفعة المقصودة واختلفا في الاسم فالذي يقتضيه قول ابن القاسم في البغال والحير انهما جنس واحد ان الاعتبار باختلاف الاسماء والذي يقتضيه قول ابن حبيب انهما جنس ان الاعتبار أيضا بالاسماء والدليل على صحة ذلك اننا انما منعنا التفاضل في الجنس الواحد للزيادة في السلف وأجزناه في الجنسين لتعريضه من ذلك فوجب أن تراعى المنفعة المقصودة من العين لان من طلب الزيادة في السلف فانما يطلبها مع استرجاع ما سلف وبقاء تلك المنفعة المقصودة له فاذا استرجع ما فيه منفعة أخرى بغير منفعة العين التي سلف لم تحصل له الزيادة في السلف ولذلك جوزنا التفاضل بين التمر العربي والتمر الهندي وبين الجوز الهندي والذي ليس بهندي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اختلاف المنافع في الجنس يكون على ضربين أحدهما أن تختلف منافعهما للصغر والكبر والثاني أن تختلف للتناهي في المنفعة المقصودة من ذلك الجنس فاما الصغر والكبر فانه يختلف باختلاف جنس الحيوان فان

كان الحيوان مما تصح فيه الحرية كبنى آدم ففي الواضحة ان الرقيق صنف واحد ذكوره واناثه
صغاره وكباره عجميه وعربيه والقياس عندي أن يكون صغيره جنسا مخالفا لكبيره لان المنافع
التي يتميز بها الجنس من التجارة والصنائع لا تصح من الصغير (مسئله) فان كان مما لا تصح فيه الحرية
فلا يخلو أن يكون مما المقصود منه الأكل فان كان مما لا يقصد منه الاكل كالخيل والبغال والحمير
فان جنس صغارها مخالف لكبارها لان المقصود من كبارها غير المقصود من صغارها وان كان مما
يقصد منه الأكل كالابل والبقر والغنم والطير فانه على ثلاثة أقسام أحدها أن يكون فيه مع ذلك
عمل مقصود كالابل والبقر فهذا القسم لا خلاف ان صغاره مخالف لكباره والثاني لا يكون فيه عمل
مقصود ولا منفعة مقصودة فهذا لا خلاف في أن صغاره من جنس كباره كالجمل واليام والقسم
الثالث أن لا يكون فيه عمل مقصود وتكون فيه منفعة مقصودة من لبس ونحوه فهل يختلف جنسها
بالصغر والكبر أم لا وروى ابن المواز عن مالك في ذلك روايتين احدهما لا تختلف لان المقصود
من هذا الحيوان الأكل ويستوى في ذلك صغاره وكباره والثانية تختلف بذلك لان المقصود من
كبار الغنم الدر والنسل وهو منفعة مقصودة كالعمل في الابل والبقر وكذلك الدجاج قال ابن
القاسم كلها صنف ذكورها واناثها قال أصبغ لا يسلم بعضها في بعض الا الدجاج ذات البيض فانها
صنف تسلم الدجاجة البيوض أو التي فيها بيض في الديكين (فرع) والسن الذي هو حدين الصغر
والكبر أن يبلغ حد الانتفاع بها المنفعة المقصودة منها قال ابن المواز وهو أن يسافر عليه فالجذع
ما قصر عن ذلك من جملة الصغار والحولى صغير وأما البغال والحمير فروى ابن المواز عن مالك أن
الحولى صغير والرابع كبير ويحتمل أن يكون الجذع من جملة الكبار كالخيل وأما الابل فروى ابن
المواز عن مالك لاخير في ابنتي مخاض في حقة ولا حقة في جذعتين ويحتمل أنه منع ابنتي مخاض في
حقة لانهما من سن الصغر ومنع حقة في جذعتين على رواية من منع صغيرا في كبير فان الجذع أول
أسنان الكبير في الابل ويحتمل أنه منع بنتي مخاض في حقة على رواية من منع صغيرين في كبير
ومنع حقة في جذعتين لانهما من سن الكبر فتكون الحقة من حيز الكبير لان ذلك سن يستعمل
في المنفعة المقصودة وهو الحمل (فرع) وأما البقر فان حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرب
وفي الاناث على قول ابن القاسم مثل ذلك وعلى قول ابن حبيب أن يبلغ سن الوضع واللبن وأما اللبن
فان فرقنا بين صغارها وكبارها فحد الكبير أن يضع مثلها ويكون فيها اللبن ويجب على هذا أن يكون
ذكورها من جنس صغارها لانه ليس فيها غير اللحم الا النزر ولا اعتبار به في اختلاف الجنس
كالخيل والجر (فرع) وأما الرقيق فان حد الكبير فيهم ان فرقنا بين صغارهم وكبارهم ان يبلغ
سن من يطبق التكسب بعمله أو تجارته وذلك عندي خمسة عشر سنة ونحوها أو الاحتلام
(مسئله) اذا ثبت ذلك فان المنفعة المقصودة من العبد أن يكون قادرا على التكسب بمعنى استفاد
في التعليم لا يكون شائعا في الجنس كالجارة والصناعة فأما التجارة والجزارة والبناء والخياطة فهي
مع الفصاحة والحساب أس والكتابة والقراءة اذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها وهكذا ما جرى
هذا المجرى وليس كذلك الاعمال المعتادة التي يعملها كثر الناس بجنس يباين به من لا يعمل ذلك
العمل كالحرث والحصاد في الرجال والغزل في النساء لانه لما كان هذا العمل معتادا يمكن أكثر هذا
الجنس كان بمنزلة المشي وسائر أنواع التصرف المعتاد (مسئله) وليست الذكورة بجنس في
الرقيق ولا في شيء من الانعام الا أن يكون معه من المنافع المقصودة ما يقتضي ذلك وهذا حكم جميع

الحيوان وأما الصناعة في الاماء فكالطبخ والخبز والرقم والنسج وكل نوع من ذلك مخالف للذخ
 الا الطبخ والخبز فانه صناعة واحدة وجنس واحد وأما الكتابة فروى محمد عن ابن القاسم ليست
 بجنس في الاماء وروى عيسى عنه أنها ان كانت فائقة فيها انه جنس تبين به من غيرها ويحتمل ذلك
 وجهين أحدهما أن يكون ذلك قولاً واحداً ان النفاذ في ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس
 مقصود وان الكتابة اليسيرة التي لا يمكن الاكتساب بها ليست بجنس مقصود والوجه الثاني ان
 ذلك على قولين أحدهما انه ليس بجنس في الاماء مع النفاذ بخلاف العبيد والثاني حكمها في ذلك
 حكم العبيد (مسئلة) وأما الجمل فهل يكون جنساً في الاماء روى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك
 ليس بجنس وروى محمد عن أصبغ انه جنس مقصود ورأيت بعض فقهاء القرويين يحكي ان ابن
 وهب رواه وجه قول ابن القاسم انه معنى لا يتكسب به الاماء فلم يختلف به أجناسهن كالقوة ووجه
 قول أصبغ ان الاثمان تختلف باختلافه وتفاوتت بتفاوته (مسئلة) وليس الغزل ولا عمل الطيب
 بجنس لان الغزل معتاد في النساء شامل وعمل الطيب ليس مما يكاد أن تنفرد بالتكسب به بل
 ذلك شائع في جميع النساء وهذا معنى ما احتج به ابن المواز في هذه المسئلة (مسئلة) والمقصود من
 الخيل السبق والجودة لانها ماتبان مائرا لحيوان المتعد فاذا كان سابقا فانه ليس من جنس
 ما ليس بسابق من الخيل والمقصود من الابل القوة على الحمل فان كان مما يباين غيرها في القوة على
 ذلك فهو من غير جنسه وليس السبق بمقصود فيها لانها لا تراد للسبق ولذلك لا يسهم لها وان جاز أن
 يكون منها ما يسابق فان ذلك ليس بمنفعة أفضل هذا الجنس وأغلبه ألا ترى ان من الخيل ما تكون
 فيه القوة على الحمل ولا يتخذ لذلك ولا يهذب به في الجنس عما ليس بقوى على الحمل لان الحمل ليس
 بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا أكثر (مسئلة) وأما البغال والخيول فقال ابن القاسم هي جنس
 واحد وقال ابن حبيب هما جنسان مختلفان وذكر ان كل واحد من الجنسين يفارق جنسه بالسير
 والجري يريد مع السير قال فابن القاسم ان الاسماء لا اعتبار بها فلما اتفقت في المعنى المقصود منها
 كانت جنسا واحدا وان لم يشهدا اسم واحد وهذا أشبه بمذهب مالك رحمه الله ووجه ما قاله ابن
 حبيب ان اختلاف الاسماء الخاصة يوجب اختلاف الجنس وانما يراعى اختلاف المنافع واتفاقها
 في الجنس الواحد (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فيما اذا اختلف في أنفسها قال ابن القاسم ان
 البغال كلها مع الجمر المصرية جنس مخالف للاعرابية ولا تختلف بالسير والقيم وانما تختلف بالصغر
 والكبر ووجه ان المقصود منها الركوب للجمال وهي متقاربة فيه وقال ابن حبيب تختلف باختلاف
 السير لان السير هو المقصود منها فيجب أن تختلف باختلافه (مسئلة) والمنفعة المقصودة من البقر
 القوة على الحرث لانه العمل الذي تتغذله ولا خلاف في ذلك كورها وأما اناها فخسب ابن حبيب أن
 المقصود منها كثرة اللبن والظاهر من مذهب ابن القاسم ان حكمها حكم الذكور والفرق بين اناث
 البقر واناث الغنم أن اناث البقر لها منفعة تختص بذكورها واناثها واناث الغنم ليس فيها شيء من
 ذلك فاذا قلنا برواية ابن حبيب جاز تسليم البقرة الكثيرة اللبن وان كانت قوية على الحرث في الثور
 (مسئلة) وأما الغنم فانها على ضربين معروضان فأما المعروضات تختلف بكثرة اللبن لانه المقصود منها
 وأما الضأن فروى يحيى عن ابن القاسم ان كثرة اللبن لا يختلف فيه جنس الضأن وقال ابن القاسم
 في المدونة ان اللبن معتبر في الغنم من غير تفصيل وجه رواية يحيى عن ابن القاسم ان اللبن لا يكاد
 يتباين الا في الماعز وأما الضأن فتقاربة في اللبن ووجه رواية مضمون ان هذا حيوان ذولين ولا يقصد

به العمل فوجب أن يختلف جنسه بكثرة اللبن وقلته كالماعز (مسئلة) فأما الطير فانه على ضربين أحدهما يقصد منه البيض والثاني لا يقصد فأما ما لا يقصد منه البيض قد كوره واثاته وصغاره وكباره جنس واحد وأما ما يقصد منه البيض كالديك فاختلف أصحابنا فيه فروى عيسى عن ابن القاسم ليس مما يختلف فيه الجنس وقال أصبغ يختلف به الجنس وجه رواية ابن القاسم ان البيض في الديك ليس يقصد بالافتناء له في الأغلب وانما يقصد باللحم وذلك متساو في جميعها ووجه آخر ان هذه ولادة والولادة لا يعتبر بها في الجنس قلت أو كثرت كسائر الحيوان ووجه قول أصبغ ان البيض معنى مقصود من هذا الجنس من الحيوان كاللبن في الغنم

(فصل) وقوله فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وان اختلفت أجناسها يريد أن يكون الرقيق سودانا أو بيضاوروما أو نوبة فان ذلك ليس باختلاف فيهم يبيح التفاضل مع النساء

(فصل) وقوله ولا بأس أن تباع ما اشترت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي ابتعت منه يريد ان ما أسلمت فيه من الرقيق يجوز أن تباعه قبل أن تستوفيه وكذلك كل ما ليس بمطعم عند مالك فانه يجوز بيعه قبل أن يستوفي اذا كان في الذمة وقوله اذا انتقدت ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لانه من اشتراط انتقاد الثمن في المبيع الذي ألزمه لانه اذا لم ينتقد ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لانه من بيع الكالئ بالكالئ أو فسخ الدين في الدين وان أخذ من غير جنس ماله عنده فلا يخلو أن يكون من جنس الثمن فانه على ضربين أحدهما أن يكون الثمن عينا والثاني أن يكون عرضا فان كان عينا من جنس واحد فان له أن يأخذ مثل الثمن سواء عددا وصفة لان ما له الى السلف الجائز فليس فيه وجه من وجوه الفساد ولا يجوز له أن يأخذ أكثر عددا لان ما له الى الزيادة في السلف وذلك غير جائز وهل له أن يأخذ أدنى عددا أو صفة جوزه بعض أصحابنا وأباه ابن أبي سلمة ووجه جوازه ان ماله تبعه فيه النية أن يعطى عينا لأخذ أقل عددا منه أو أدنى صفة وسيأتي ذكر منعه بغير جنس الثمن وبيعه من غير بانه ان شاء الله تعالى ص **قال مالك لا ينبغي أن يستثنى جنين في بطن أمه اذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدرى أذ كره أم أنتى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حي أو ميت وذلك يضر من ثمنها** ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن تباع أمة أو شيء من اناث الحيوان ويستثنى جنين في بطنها وعلل ذلك بعلمين احدهما انه مجهول الصفة والحياة والثانية انه ينقص ذلك من ثمنها وهذا تعليلان صحيحان وذلك ان الاستثناء من المبيع على ضربين أحدهما أن يستثنى جزءا من الجملة فانه لا يخلو من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون جزءا شائعا والثاني أن يكون جزءا معينا والثالث أن يكون جزءا مقدرا غير شائع ولا معين فان كان جزءا شائعا فانه يصح في جميع الحيوان وفي غير الحيوان كبيع ربع العبد والدابة والثوب والدار (مسئلة) وان كان جزءا معينا فلا يخلو أن يكون في حيوان أو غير حيوان فان كان في حيوان فانه على ضربين أحدهما أن يكون معينا كالجنين وما في ظهر الفحول ولحم الفخذ فهذا لا يجوز بوجه لان المبتاع قد استثنى من الجملة مالا نعلمه واذا لم نعلمه لم نعلم باقي الجملة وهذا في أجنة الاناث وما في ظهور الفحول واضح الفساد لانه يمنع من قبض المبيع والتصرف فيه المدة الطويلة وأما استثناء هذا الناقة فانه يصح أن يقال ذلك على قولنا ان المستثنى مبيع وهذا أظهر فيما اخرج به في قولنا انه لا يدرى أن الجنين حسن أو قبيح أو ذكرا أو أنثى أو حي أو ميت وهذا اذا كان باقيا على ملكه لا يجب أن يؤثر في البيع لسلامة المبيع في ذلك وانما

قال مالك لا ينبغي أن يستثنى جنين في بطن أمه اذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدرى أذ كره أم أنتى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حي أو ميت وذلك يضر من ثمنها

يؤثر فيه على قولنا انه مبيع مسترجع فأفسد البيع استرجاعه لانه به تم والله أعلم (فرع) وسواء استثنى الجنين عتيقا أو رقيقا فانه لا يجوز ويفسخ البيع رواه في المبسوط ابن نافع عن مالك وقال الأوزاعي وابن حنبل يجوز أن يبيع الرجل أمته الحامل ويستثنى ما في بطنها والدليل على ما نقوله ان هذا جزء معين من الجملته فلم يجز استثناءه من الأمة كيدنها أو رجلها (فرع) فاذا انعقد البيع على ذلك فانه يبطل ويفسخ ما لم تفت الجارية عند المبتاع بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق فان دخلها شيء من ذلك لزمته بقيمتها يوم قبضها فان ولدت عند المشتري وقبض البائع الطفل نقض بيعه فيه وورده الى المبتاع وهذا اذا ولدته بعد تقويم الأم على المشتري فأما اذا ولدته قبل ذلك فان هذا انما يستقيم على قولنا ان المستثنى مبيع مع الجملته ولو قلنا انه غير مبيع لكان للبائع على كل حال لانه لم يخرج عن ملكه ببيع ولا غيره والمذهب مبني على ما تقدم (فرع) فاذا قلنا ذلك وفات الجنين عند البائع بوجه من وجوه الفوات المتقدم ذكرها لزمته بالقيمة يوم قبضه ولزمه ما أن يجمعها بين الأم وابنها في ملك أحدهما أو يبيعها بمعامن غيرهما (مسألة) فان كان معينا غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو أن يكون الحيوان مما لا يستباح ذبحه كالحقيق أو يستباح ذبحه كالأنعام فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز بيعه واستثناء جزء معين منه فلا يجوز بيع الأمة واستثناء يدها أو رجلها أو رأسها لان الذي باع معينا منها لا يمكن تسليحه ولا الانتفاع به لانه ان استثنى رجله لا يجوز للمبتاع أن يأمرها بالمشي والتصرف لان البائع يمنعها من القيام أو المشي برجلها المستثناة لان حقه متميز ولا يجبر البائع على تصرف حقه المتميز وليس كذلك الجزء الشائع فانه يجبر على التصرف المعتاد مع الشريك كالدار المشاعة بين الشريكين ان أراد أحدهما إخلاءها والمنع من الانتفاع بها لم يكن له ذلك واذا تميز حقه منها كان له ذلك في حقه (مسألة) وان كان من الحيوان المستباح ذبحه كالأنعام فانه ان وقع البيع على هذا بشرط التبقية لا يجوز (مسألة) فان كان بشرط الذبح فلا يخلو أن يكون المستثنى له قدر وقيمة يسقط له بعض الثمن أو لا قدر له فان كان له قدر وقيمة كالفخذ والسواقط حيث تكون له قيمة فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز وجوز ابن حبيب بيع الشاة واستثناء الأكارع والرأس حيث تكون لها قيمة ووجه القول الأول انه مبني على أحد فصلين إما أن يكون لهما استثناء دون جلد والمستثنى عنده مبيع فلم يجوزه لانه استثنى معينا وإما أن يكون لما شرط أخذه بعد الذبح فكان كأنه باعه مذبوحا وعند الذبح يعلم من صفته ما لا يعلم اليوم فنع ذلك صحة العقد ووجه قول ابن حبيب ما احتج به وانه استثنى جزأها معينا فلم يمنع ذلك صحة العقد وهذا مبني على أن جلد العضو المبيع مستثنى مع ذلك العضو فلذلك صار المستثنى مرثيا (مسألة) وان كان استثناء الجلد بحيث له قدر وقيمة فالذي رواه ابن القاسم عن مالك ان ذلك لا يجوز وروى ابن حبيب عن ابن وهب تجوز به وقول ابن القاسم مبني على تعدد المعرفة بقدره وجنسه وجوده وردائه وعلى انه لا يجوز بيع اللحم المغيب لانه اذا استثنى الجلد فقد أفرد اللحم بالبيع وهو مغيب ووجه قول ابن وهب انه يمكن معرفته فيمكن استثناءه وبيع اللحم المغيب بجلده كالمولم يكن للجلد قيمة (مسألة) وان كان المستثنى من الجلد والرأس والأكارع في الاسفار بحيث لا قيمة لشيء من ذلك ففيه عن مالك روايتان احدهما الجواز والأخرى المنع وقال القاضي أبو محمد ان المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع حيث تكون له قيمة والاجازة حيث لا تكون له قيمة (مسألة) وأما ان كان المستثنى من الحيوان مقدرا على غير ما يبيع ولا معينا

مثل أن يستثنى منه أرطالاً مقدرة فعن مالك في ذلك روايتان روى عنه ابن وهب المنع وروى عنه ابن القاسم اجازة ذلك في الارطال اليسيرة وجهر رواية ابن وهب انها مبنية على أن المستثنى مبيع فاذا كان مستورا بالجلد لم يجز بيعه لعدم الرؤية والصفة فيه وجهر رواية ابن القاسم انها مبنية على أن المستثنى باق على ملك البائع غير داخل في المبيع فلا يفسد العقد بما يتعلق به من عدم المعرفة لصفته (١) اذا قلنا برواية المنع فلا تفريع فيه وان قلنا برواية الاباحة بحكم اليسير الذي يجوز قال ابن القاسم الثلاثة الأرطال والأربعة من الشاة وزاد ابن المواز عنه الخمسة والستة ولم يبلغ به مالك الثلث وأشهب يجزئ الثلث ومعنى ذلك ان هذا الثلث حديثين القليل والكثير عند مالك واختلف قوله فيه فمرة جعله في حيز القليل ومرة جعله في حيز الكثير وفروع مسائلة تدور على حسب هذا الاختلاف والله أعلم وأحكم ص قال مالك في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيه بعشرة دنائير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل ويمحو عنه المائة دينار التي له قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه في الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من الاجل الذي اشترى إليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغي وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له إلى سنة قبل أن يحل بجارية وبعشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من السنة فدخل في ذلك بيع الذهب بالذهب إلى أجل ش وهذا كما قال رحمه الله ان البائع اذا زاد المبتاع عشرة دنائير على أن يقيه فان ذلك جائز وسواء كانت الزيادة من البائع ماشاء من جميع الأشياء كلها العين وغيره نقداً أو مؤجلاً ولم يتفرقا لانه كان البائع اشترى الجارية بالثمن الذي وجب له على المبتاع وزيادتها اياه ولا فساد في ذلك ما لم تكن الزيادة من جنس المبيع فان كانت من جنسه زاد نقداً ولم يجز مؤجلاً لما تقدم من منع الشيء بجنسه إلى أجل

(فصل) وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه ويزيده بعشرة دنائير نقداً أو إلى أجل الفصل معناه انه اذا اراد المبتاع العشرة ليقيله البائع فان كان إلى أجل فهو جائز لانه يبيعها منه بأقل من الثمن الذي ابتاعها منه مفاصة وان زاد العشرة نقداً لم يجز ذلك لانه عجل عشرة من المائة المؤجلة عليه فصار يبيعاً وسلفاً لهذه العلة اللازمة وقد قال ذلك ربيعة في احدي مسلتى الحار فيمن باع جارا بعشرة دنائير فاستقاله المبتاع على دينار يعجله للبائع ان ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً يتعجلها من ذهب وأما ما ذكره رحمه الله من أنه يدخله انه باع عشرة دنائير وجارية نقداً بمائة دينار له إلى سنة فانه وجه صحيح أيضاً فيما تكرر ويقصد من بيع جارية وعشرة دنائير معجلة بمائة إلى أجل فان الذرائع تقوى منعها بتكرار القصد اليه والغرض فيه فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه ويضعف وجه المنع بقلته قصده وذلك فيما يحتمل وجوها من الصحة وجهاً أو وجوها من الفساد المقتضى للنوع فيصير على المقصود من تلك الوجوه وأما ما كان الفساد له لازماً فان ذلك ممنوع لنفسه (مسئلة) وأما ان كانت العشرة إلى أجل أقرب من أجل المائة فحكمها حكم العشرة المعجلة وان كانت إلى أجل أبعد من أجل المائة لم يجز أيضاً لانه يدخله جارية معجلة وعشرة مؤجلة بمائة مؤجلة إلى غير ذلك وأقل ما يقتضى ذلك اشتراط النقد للعشرة والمنع من المقاصد ولو شرط ذلك في العشرة المؤجلة إلى أجل المائة لافساد العقد لانه يتضمن بيع جارية وعشرة دنائير يخرجها ولا ينقدها بمائة دينار ينقدها وهذا يقتضى التفاضل في العين فأوجب ذلك فساد العقد ويدخله مع ذلك الكال بالكال في عشرة

* قال مالك في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيه بعشرة دنائير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل ويمحو عنه المائة دينار التي له * قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه في الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من الاجل الذي اشترى إليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغي وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له إلى سنة قبل أن يحل بجارية وبعشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من السنة فدخل في ذلك بيع الذهب بالذهب إلى أجل

(١) يباح هكذا بالأصل

دنائير والمائة وذلك ممنوع (مسئلة) ومن ابتاع سلعة بنقداً وموَّجَل ثم استقال منها فلا تخلوا السلعة
 أن لا تكون غير مكيلة ولا موزونة ولا معدودة كالجارية والثوب فباعها بنقداً ثم استقال منها على
 زيادة مؤجلة وذلك مثل أن يبيع منه جارية بعشرة دنائير نقداً ثم استقال المبتاع بدينار يزيد
 مؤجلاً فان ذلك لا يجوز وهي إحدى مسئلتى الجارور ببيعة قال لا يصح لأنه أخذ عنه دنائير بالنقد
 وأخذ الجار بمابقى من الذهب وقد قال جماعة من شيوخنا أن معنى ذلك البيع والسلف وهو قول
 صحيح لأن السلف فى الدينار الذى أخذ عنه والسعة فى أخذ الجار بتسعة دنائير من العشرة التى كانت
 له عليه ويدخله مع ذلك يبيع جارية بدينار باجل بعشرة دنائير معجلة (فرع) وقد قال محمد بن
 المواز إذا كانت البيعة الأولى بالنقد فلا ينهم فى الثانية إلا أهل العينة وقال الشيخ أبو محمد أنه ليس
 بخلاف لما قاله مالك وربيعة لأن ابن المواز إنما يعنى بذلك إذا كانت البيعة الأولى بالنقد مما لو انفردت
 لكانت صحيحة وأما فى بيعه لو انفردت لم تجز تقدمها ببيع أو لم يتقدم فليس كذلك وفى مسئلة ربيعة
 كانت للبائع على المبتاع عشرة دنائير نقداً فاشترى منه تلك السلعة وغيرها بتسعة دنائير واحدة
 بدينار من عشرة فلم يجز لما دخله من البيع والسلف (مسئلة) وإن كان المبيع بالنقد مكىلاً
 أو موزوناً أو معدوداً فلا تخلوا أن يكون غير مطعوم أو مطعوماً فإن كان غير مطعوم فباعه بدينار نقداً
 فلا بأس أن يستقيل المبتاع قبل النقد على أن يزيد دنائيراً أو ماشاء معجلاً وذلك مثل أن يبيعه بمائة
 رطل حديد بعشرة دنائير فيستقيل على دينار يعطيه إياه قال محمد بن المواز إذا كانت الزيادة فى
 مجلس الاقالة فإن تأخرت دخله فى زيادة الدنانير يبيع وسلف ويدخله فى بيع الورق صرف
 مستأخر ويدخله فى زيادة العرض الدين بالدين وعندى أنه يرد فسخ دين فى دين وإنما يجوز
 فى تعجيل الورق إذا كانت أقل من صرف دينار وهذا عندى ما لم يرغب المبتاع على السلعة الموصوفة
 ولو غاب عليها لم يجز أن يقال منها بشئ يزيد لأنه يدخله يبيع وسلف لأن عينه لا تعرف ولو كان غير
 مكىل ولا موزون ولا معدود لجاز ذلك وإن غاب عليه المبتاع لأنه مما يعرف بعينه (مسئلة) فإن
 كان المبيع مكىلاً غير مطعوم وكان الثمن عينا مؤجلاً لم يجز أن يزيد المبتاع ذهباً من جنس الثمن
 نقداً ولا إلى أجل أقرب من أجل الثمن ولا أبعد منه قال المحمدون لأنه يدخله يبيع وسلف ويدخله
 ذهب بذهب وعرض إلى أجل ولا بأس أن يزيد من جنسها زاد العتيق فى وزنها إلى الأجل ولا
 يجوز أن يزيد من غير جنسها نقداً ولا مؤجلاً ولا يجوز أن يزيد ورقاً نقداً ولا مؤجلاً ولا بأس أن
 يزيد عرضه مؤجلاً (مسئلة) فإن كان الثمن عرضاً مؤجلاً فى كتاب المحمد بن الثلاثة
 لا يزيد المبتاع عرضاً من غير جنس الثمن مؤجلاً لأنه يدخله الدين بالدين ولا بأس أن يزيد عرضاً
 من جنس الثمن ولا يدخله الدين بالدين لأن الدين بالدين إنما هو فى جنسين مختلفين فاما اشتغال
 الذمتين بجنس واحد فلا يدخله فى هذا الباب الدين بالدين ومعنى ذلك عندى أن يحمل على
 المقاصة ولو اشترط كل واحد منهما النقد والانتقاد لدخله الدين بالدين ويمنع من ذلك إلا أن تضعف
 التهمة فيه لأن هذا المعنى ليس فيه بمقصود فى الزيادة ولا معتاد (فرع) فإن زاده من جنس
 الثمن معجلاً أو مؤجلاً إلى غير الأجل لم يجز فيه التفاضل ذكر ذلك المحمدون عن ابن القاسم وأشهب
 وعبد الملك ومعنى ذلك عندى أن يبيع ثوب بثوبين إلى أجل يحرم لنفسه فلذلك منع ما كان
 ذريعة إليه ولو منع للذريعة إلى سلف جرم منفعة لما حرم هذا بسبب الذريعة إليه (مسئلة) فإن
 كان المبيع طعاماً مكىلاً فلا يجوز أن يزيد أحدهما صاحبه شيئاً من الأشياء ويقله منه على الكيل

لما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه فان كان اكتاله ولم يغب عليه المبتاع وكان الثمن نقداً أو لم ينقد بعد فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا بأس أن يزيده المبتاع نقداً ما شاء من ذهب وورق وعرض وطعام من جنسه ومن غير جنسه وعندى أنه يجب أن يراعى في الورق أن يكون أقل من صرف دينار لئلا يدخله بيع وصرف وقد رأيت هذا لبعض مشايخنا والله أعلم (فرع) قال ولا يجوز أن يزيده شيئاً مؤجلاً لأنه يدخله بيع وسلف وفي زيادة العرض فسخ دين في دين وفي زيادة الذهب والورق الاجل في الذهب بالذهب أو بالورق وعندى أنه يدخله بيع وسلف وهي الثانية من مسئلتى ربيعة وان كان نقده الثمن فهو بيع حادث يجوز فيه ما يجوز في سائر البيوع ص * قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار إلى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به إلى أبعد من ذلك أجل الذي باعها إليه أن ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية إلى أجل ثم يبتاعها إلى أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا إلى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعة بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا إلى أشهر بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة فهذا لا ينبغي * ش وهذا كما قال مالك رحمه الله أن من باع جارية بثلاثين إلى أجل فانه لا يجوز أن يشتريها بأكثر من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الاجل اذا كان على وجه غير المقاصة لأنه يقبض عنه عند الاجل الاول ثلاثين ويدفع اليه عند الاجل ستين وما تقدم من بيع الجارية وابتاعها لغو وتوصل به إلى بيع ثلاثين دينارا بستين دينارا وذلك ممنوع وهذا قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد بن حنبل وطاوس وسعيد بن جبير وقال الشافعي ذلك جائز وقد استدل أصحابنا في ذلك بما رواه أبو اسحق السبيعي عن أم يونس واسمها العالية أن عائشة رضي الله عنها قالت لها أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الانصاري يا أم المؤمنين أتعرفين زيد بن أرقم قالت نعم قالت فاني بعته عبداً إلى العطاء بمائة درهم فاحتاج فاشتريته قبل محل الاجل بمائة درهم قالت بثمنها اشتريت أبلغ زيد بن أرقم انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت فقلت رأيت ان تركت المائتين ثم أخذت الستائة قالت نعم فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ودليلنا من جهة المعنى أن هذا بيع آل بين متبايعين إلى دنائير بأكثر منها فوجب أن يفسد ذلك كما لو باعه دينارا بدينار إلى أجل (مسألة) وجملة هذا أن الذي يتحرر منه في هذا الباب أن يؤل أحدهما إلى بيع الشيء بجنسه متفاضلاً إلى أجل فان سلمت المسئلة من ذلك فهي صحيحة وان أدت إلى ذلك نظريه وهو على قسمين أحدهما أن يكون الثمن عينا والثاني أن يكون غير عين فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون البيع الثاني على المقاصة والثاني أن يكون على غير المقاصة فان كان على المقاصة بالثمن فانه يجوز أن يشتري السلعة التي باعها إلى أجل بمثل ذلك الثمن وبأقل وبأكثر وإلى أقرب من ذلك الاجل وأبعد بأقل من ذلك الثمن أو أكثر لا يسلم من تسليم العين في مثله لأنه ان كان بمثل ذلك الثمن فهي اقالة محضة وان كان بأقل أو أكثر فالوزن يكون من أحدهما دون الآخر (مسألة) فان لم تكن على المقاصة فان فيه تسع مسائل على ثلاث أحوال قبل الاجل بمثل الثمن وأقل وأكثر وإلى الاجل على الثلاثة الوجوه وإلى أبعد من الاجل بمثل ذلك يبطل منها مسئلتان ويصح سائرهما وإلى قبل الاجل بأقل من الثمن وإلى أبعد من الاجل بأكثر من الثمن ووجه ذلك أنه اذا اشتراها إلى أقرب من الاجل بأقل من الثمن أعطى قبل الاجل ثلاثين وأخذ عند الاجل ستين وان كان لا بعد من الاجل بأكثر من

* قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار إلى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به إلى أبعد من ذلك الاجل الذي باعها اليه ان ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية إلى أجل ثم يبتاعها إلى أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا إلى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعة بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا إلى شهر بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة فهذا لا ينبغي

الثلث فهي المسئلة التي ذكرها مالك رحمه الله وان كان قبل الاجل بأكثر من الثلث أو بمثل له لم ينهم أحد في أن يعطى ستين ديناراً في ثلاثين ديناراً إلى أجل ولا في ستين إلى أجل وإذا كان إلى أجل فالوزن من أحدهما وتبعد التهمة في أن يقصد الوزن جميعاً لكون الثوب المبيع واحداً والنقد واحد فليس في ذلك غرض مقصود وإذا كان إلى أبعد من أجل بأقل من الثلث أو بمثل له فهو أيضاً يعطى ستين ويأخذ ثلاثين أو ستين عند أجل ولا تهمة في مثل هذا (فرع) ومن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر فابتاعها بخمسة نقد أو خمسة إلى شهرين فاختلف أصحابنا في ذلك فجوز ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون وإنما اختلفا في كراهيته لضعف التهمة فيه لأنه انما يؤل إلى أن سلف أحدهما صاحبه على أن يسلفه الآخر وهذا غرض يقل عمله وينظر في هذا أبداً إلى استواء الثمنين فإن تساوى فهو جائز (مسئلة) وان كان الثمن عرضاً مثل أن يشتريه منه بخمسة أثواب مضمونة في ذمته إلى أجل ثم يبيعه منه بثياب بجنسها فلا بأس بذلك على وجه المقاصة اشتراه بأكثر من تلك الثياب أو بأقل أو بمثلها إلى أقرب من أجل أو أبعد منه أو إلى أجل الأول فإن لم يكن على المقاصة دخلته التسعة الوجوه المذكورة قبل هذا إلا أنه يبطل منها أربعة ويصح سائرها فالتى تبطل أن يقيسه إلى أقرب من أجل بأقل من الثلث أو أكثر ومثل ذلك يدخل إلى أبعد من أجل فأما الوجهان الأولان فهما أقرب من أجل بأقل من العدد وإلى أبعد من أجل بأكثر من ذلك العدد فهو ذريعة إلى سلف وزيادة وأما الوجهان الآخران فهما إلى أقرب من أجل بأكثر من العدد وإلى أبعد من أجل بأقل من العدد فهو كبيع الجنس بجنسه متفاضلاً إلى أجل فأما على قول من قال من أصحابنا أن ذلك محرم لنفسه فهما كالوجهين الأولين وأما من قال من أصحابنا أنه محرم للذريعة فإن هذه المسئلة تتعلق بالمنع فيها بذريعة الذريعة وقد قال جماعة من أصحابنا إن ذريعة الذريعة لا تؤثر في المنع والله أعلم وقد ذكر عبد الحق رحمه الله فيمن باع ثوباً بقبض حنطة إلى أجل واشتراه بقبض حنطة نقد لا ينبغي ذلك ويبقى أن يكون دفع قبضين ليضمن له القبض إلى أجل وذلك بخلاف العين قال وقيل الأمر سواء التهمة مرتفعة وهى مسئلة يتنازع فيها وما علمت فيها رواية والذي عندي أن الخلاف انما وقع للوجه الذي ذكرته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل فاشتراه قبل أجل بخمسة دراهم نقد أو بثوب من نوعه أو من غير نوعه فقد قال ابن القاسم لا خير في ذلك لأن هذا بيع وسلف لأنه كان أسلفه خمسة دراهم على أن باعه ثوبه الثاني بخمسة دراهم إلى شهر فصار إذا حل أجل كان خمسة قضاء عن الخمسة التي دفع إليه قبل محل أجل وخمسة من ثمن الثوب الباقي وهذا كما قال لأن البائع يرجع إليه ثوبه ويدفع إليه الآن خمسة دراهم وثوباً يأخذ عند أجل عشرة دراهم خمسة دراهم عن ثوبه الذي أعطاه آخرًا وخمسة قضاء للخمسة الدراهم التي دفع معه على أنها من ثمن الثوب الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن باع ثوبين بعشرة دراهم إلى أشهر ثم اشترى أحدهما بثوب نقد أو بخمسة دراهم نقد فقد قال ابن القاسم لا يصح لأنه يدخله بيع وسلف ويدخله أيضاً فضة وسلعة نقد بفضة إلى أجل (فرع) فإذا ثبت ذلك فقد قال بعض القرويين أن الثوب الذي بقي بيد المبتاع من الثوبين الأولين لا يفسخ فيه البيع لأن العقد فيه صحيح وينظر فإن كان الثوبان الآخران قائمين ردافاً فإنا فاما الثوب الذي رجع إلى البائع فلا تفتيته عنده حوالة الأسواق وانما يفتيته التغيير الشديد فإذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصة ذلك الثوب وهو مما سميناه له وأما الثوب الذي دفعه البائع آخرًا فحكمه ما قارن بيعه السلف فيما يفتوت به ومفسد

قيته يحصل لكل واحد من الثلاثة الأثواب حكم يختص به وهذا إنما يأتيه على قول من قال إنه إنما يفسخ العقد الثاني بتصحيح الأول فإذا لم تفت الثياب بقي الثوب الأول يبد المبتاع لأنه يصح بفسخ العقد الثاني على قول سحنون وأما على قول من قال يفسخ العقدان فإن التراديق في الأثواب الثلاثة وإذا فانت الثياب فأكثر أصحابنا على رد العقدين فلا يصح هذا فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الثوب الذي رده المبتاع إلى البائع فقال فيه ما تقدم ولم يعين وجهه والأظهر أن حكمه حكم الثوب الثالث لأنه إن كان البيع الثاني فاسداً فالفساد يتناول العوض ولا خلاف أن من باع ثوباً بثوب على أنه سلف فإن حكم الثوبين في التراجع والفوات سواء وإنما يختلفان في القيمة على قول ابن القاسم وإن كان العقد صحيحاً وإنما ينقض لتصحيح الثاني الذي دخلته الشبهة باجتماعهما فهذا حكم الثوب الثاني والله أعلم وقد بسطت القول فيه في شرح المدونة

(فصل) وقوله في الثوب الثالث وهو الذي دفعه البائع في العقد الثاني أنه يحكم له بحكم ما قارن بيعه سلفاً فيه أيضاً نظر وذلك أن تعلق الفساد به من وجهين أحدهما ما ذكرناه من البيع والسلف وذلك أن البائع باعه من المشتري بخمسة دنانير وأسلفه خمسة دنانير ليقبض منه عشرة عند الأجل والثاني أنه باع منه البائع هذا الثوب وخمسة دنانير نقداً بالثوب الذي رد إليه المبتاع وبالعشرة دنانير المؤجلة فدخله العرض بالعرض مع كل واحد منهما عين وأحدهما القيمة بالغة ما بلغت والثاني القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن لأن البائع قد رضى به على أن يسلفه وإن قلنا أنه ممنوع للوجه الآخر ففيه القيمة بالغة ما بلغت (فرع) إذا ثبت ما ذكرناه ووقع شيء من هذه البياعات الممنوعات على هذا الوجه فإن كانت السلعة لم تفت ففسخت البيعة الثانية وصحت الأولى قاله سحنون وقال غيره تفسخ البيعتان جميعاً ولا أن يصح أنهما لم يتعاملا على البيعة وإنما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن فهذا تفسخ البيعة الثانية وتصحيح الأولى وجه ما قاله سحنون أن البيع الأول معقود على الصفة وإنما أقام شبهة الفساد للعقد الثاني فإذا أمكن تسليم الأول منه خص بالنقض دون الأول ووجه الرواية الثانية أنه إنما حكمنا بالفساد في ذلك لما أفتأناهما مقام العقد الواحد في ذلك فإذا لم تعلم السلامة من ذلك وجب فسخ العقود لانهما كالإيجاب والقبول في عقد واحد (فرع) وإن فانت السلعة فالمشهور من قول أصحابنا إبطال البيعتين جميعاً وذلك إذا فانت بعد القبض للسلعتين جميعاً وإن هلكت بيد المبتاع قبل أن يقبضها البائع الأول فالذي عندي أن البيع الثاني يبطل خاصة ويثبت الأول ولم أر فيه نصاً فإما أن فات بعد القبض بيد البائع الأول فلا يخلو أن يكون الثمنان قبضاً أو قبض أحدهما أو لم يقبضا فإن كان الثمن المعجل (١) وإن كان قبض فقد قال ابن المواز يرد المبتاع الأول على البائع الأول الثمن الذي قبض منه ولم يذكر معجلاً ولا مؤجلاً ونحو ذلك وذكر ابن عبدوس في المجموعة والذي عندي أنه يكون معجلاً أو إلى أجل أقرب من أجل الثمن الآخر وذكر شيخنا الأندلسيون في ذلك تفصيلاً وهو أنه إذا باعه ثوباً بعشرة مؤجلة ثم اشتراه منه بخمسة معجلاً فقبض المبتاع الخمسة وفات الثوب عند البائع الأول فأنك تنظر إلى قيمة الثوب فإن كان عشرة فصاعداً غرم البائع الأول للمبتاع الأول تمام القيمة يقاومه منها بخمسته التي قبض منه ووجه قول ابن المواز وابن عبدوس ما تقدم من أن العقد الثاني وتعجيل الثمن فيه أثبت الفساد فإذا نقض زال موجب الفساد ووجه قول الأندلسيين أنه إذا كان قيمة الثوب العشرة فأكثر ضعفت التهمة في أنهما عملا على ذلك فلم يفسخ إلا العقد الثاني لأنه هو الذي ثبت به صورة الفساد دون معناه وإن كانت قيمة الثوب أقل من

العشرة قويت التهمة في انهما عملا على ذلك وكان للعقدين حكم العقد الواحد فوجب أن يفسخ (فرع) وان قبض الثمنان معا وفانت فعلى قول ابن المواز وابن عبدوس يلزم البائع الاول أن يرد الى المبتاع الاول ما أخذ منه زيادة على ما أعطاه

(فصل) وهذا اذا كان البيع قبل تغير السلعة المباعة فاما اذا كان بعد تغيرها في نفسها تغيرا يحيل الاغراض فيها فقد روى ابن القاسم عن مالك في الدابة أو البعير يتباعها بئمن الى أجل فيسافر عليها المبتاع السفر البعيد فيأتي وقد أبغضها فيبتاعها منه البائع بأقل من ذلك الثمن نقدا انه لا بأس بذلك لانه لا يتهم في مثل هذا وروى عنه أشهب اذا حدث بها عور أو عرج أو قطع حتى يعلم انهما لم يعملوا على فسخه انه لا يصلح هذا ولا يؤتمن عليه أحد وبه أخذ سحنون وجه رواية ابن القاسم ان الذرائع مبنية على قوة التهمة والتهمة مرتفعة مع التغير الشديد لاختلاف الاغراض فصح ذلك بينهما ووجه رواية أشهب مراعاة المال دون قوة التهمة ورواية ابن القاسم أجرى على أصول المذهب وبالله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسألة) فان كان المبيع طعاما فباعه على الكيل بئمن الى أجل فلا يجوز بيعه قبل استيفائه نقدا ولا الى أجل وانما تجوز فيه الاقالة والتولية على ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله فان استوفاه فباعه منه قبل أن يفترقا فحكمه حكم الثوب يبيعه بئمن الى أجل ثم يبتاعه منه بالنقد تجوز فيه السبعة الوجوه التي قد مرنا ذكرها ويبطل وجهان (مسألة) فان غاب عليه المبتاع فالذي اتفق على منعه منه وجهان أحدهما أن يشتري منه بأكثر من الطعام الاول والثاني أن يشتري منه بأقل من الثمن الاول نقدا لانه اذا اشترى منه أكثر من الطعام الاول فقد أسلفه طعاما في أكثر منه وان اشترى منه بأقل من الثمن الاول نقدا فقد أسلفه دنانير في أكثر منها الى أجل (فرع) وأما ان باع منه أقل من كيل ذلك الطعام بأقل من ذلك الثمن مثل أن يبيع منه مائة أردب بمائة دينار الى شهر ثم يشتري منه خمسين أردبا بخمسين دينارا نقدا فهذا لا يجوز لما قدمناه من الشراء بأقل من الثمن لانه يدخله انه رد اليه الخمسين وأخذ منه الخمسين أردبا معجلة وخمسين دينارا معها ليدفع اليه مائة دينار عند الأجل وهذا بيع وسلف وان كان بمثل الثمن ففي المدونة عن مالك فيمن باع طعاما بئمن الى أجل فلما حل الأجل أخذ منه أقل من ذلك الكيل بجميع ذلك الثمن لا يعجبني ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم لا بأس به وجه القول الاول انه كره أن يدفع اليه مائة أردب ويأخذ منه خمسين أردبا بعد مدة فتكون معه مائة الى أجل بخمسين من جنس ذلك الطعام وذلك غير جائز ووجه الرواية الثانية بعد التهمة في مثل هذا (فرع) ولا بأس أن يشتري منه مثل ذلك الكيل بمثل الثمن فأكثر نقدا أو الى أجل لانه يسلم في الطعام من السلف للنفعة ويسلم في العين من مثل ذلك أيضا وبالله تعالى التوفيق

﴿ ما جاء في مال المملوك ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن عمر
 أن عمر بن الخطاب قال
 من باع عبدا وله مال فإله
 للبائع إلا أن يشترطه المبتاع

﴿ ما جاء في مال المملوك ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من باع عبدا وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع * ش قوله من باع عبدا وله مال هذا يقتضي ان العبد يملك وهو قول مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يملك العبد شيئا ودليلنا على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ووجه الدليل انه أضاف المال الى العبد باللام واللام تقتضي الملك فان قيل لان سلم انهما تقتضي الملك بل تحتل أن يراد بها اليد

والتصرف يقال الولاية في المال لفلان ويحتمل أن يراد بها الاختصاص يقال الحركة للحجر ويحتمل أن يراد بها النسب يقال الولد لزيد ولا يدل شيء من ذلك على الملك فالجواب أن اللام متى قرن بها ما يملك اقتضت الملك وانما تقتضي ما ذكرتم من اليد والتصرف والاختصاص والنسب اذا تعلقت بما لا يملك والمال مما يملك فاذا قرن بها حمل على الملك الا أن يعدل عن ذلك بدليل يدل اذا قال هذا المال لزيد فهم منه ملكه ويدل على ذلك ان يمثل هذه الاضافة ضيف المال الى البائع فدل ذلك على ملكه ووجه آخر من الحديث وذلك انه قال الا أن يشترطه المبتاع فنفى حينئذ أن يكون للبائع وأن يكون اذا اشترطه المبتاع مضمرا غير مظهر فاحتمل أن يكون للمبتاع واحتمل أن يكون للغير والظاهر من الكلام ان المضمرة في الكلام هو المنطوق به في المستثنى منه ان المال للعبد فوجب أن يكون الضمير ينصرف اليه فيكون معناه الا أن يشترطه المبتاع فيكون لمن كان له قبل البيع وهو العبد

(فصل) وقوله فإله للبائع يريد والله أعلم ان بمجرد البيع يزول ملكه عن المال ويدخل في ملك البائع فيكون بيده كالمال المستفاد لانه حينئذ يصح ملكه فيثبت بذلك ان البيع يقتضي انتزاع السيد مال العبد لان له شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء وكذلك لا يكمل ملك العبد ولا يملك التصرف في ماله دون اذن سيده فاذا زال العبد عن ملكه بالبيع تعلق به حق السيد وحق العبد ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة الى التفرق ولان حق الانتزاع يبطل لان الانسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره فلما لم يكن ابقاؤه على ما كان عليه أولا ولم يكن بد من تغليب أحد الحقين غلب حق السيد لانه مغلب في حال ملكه لانه يملك تفويته والتصرف فيه دون اذن العبد والعبد لا يملك تفويته ولا التصرف فيه دون اذن السيد (مسئلة) اذا ثبت أن المبتاع يجوز له أن يشترط مال العبد فانه لا خلاف في جواز ذلك في نفس العقد لانه مقتضى لفظ الحديث في ذلك بقوله الا أن يشترطه المبتاع ولا يوصف هذا بانه شرط الا أن يكون ذلك شرط في عقد البيع والا كان بيعا مبتدأ للمال فان لم يشترطه في نفس العقد ثم أراد أن يزيد البائع شيئا ليلحق المال بالبيع فقد اختلف أصحابنا فيه وروى أشهب عن مالك ان ذلك غير جائز وبه أخذ ابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وروى عن مالك وأشهب ان ذلك جائز وبه أخذ ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال ابن القاسم وان كان ماله عينا فاشتراه بعين وأمان كان عرضا فليس فيه كلام وروى أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم ان كان ذلك بحضرة البيع وقر به فهو أمر جائز والا لم يجز وجه رواية المنع ان العبد لما بيع دون اشتراط المال خرج المال عن ملك العبد الى ملك السيد فلا يجوز الخافه بالعقد لانه قد ثبت له حكم لو كان ثابتا حين البيع لما جاز للمبتاع اشتراطه وهو كونه ملكا ووجه رواية ابن القاسم أن المبتاع لا يشترط المال لنفسه وانما يشترطه ليعيده الى ملك العبد بمنزلة أن يدفع الى العبد دنائير وأن يعطى هذا العبد مالا فان ذلك جائز ووجه آخر وهو أن ما جاز أن يكون تبعا في العقد جاز أن يكون تبعا بعد العقد كالثمرة المأبورة ولا يلزم هذا مالكا ولا ابن وهب ولا ابن عبد الحكم لانهم لا يجيزون ذلك في الثمرة وانما يلزم ذلك أشهب فانه يجيزه في الثمرة والفرق بينهما أن الثمرة يجوز أن تكون تبعا للأصل حين العقد وهي ملك للبائع ومال العبد لو كان ملكا للبائع حين العقد لما كان تبعا للعبد فكذلك اذا انتقل الى البائع بالعقد (فرع) وأما معنى القرب والبعد على رواية أبي زيد وأصبغ ففي المبسوط أن معنى القرب أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص وأما

ان دخله نقص أو زيادة فقد بعد وامتنع الحاقه بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) فاذا حدث للعبد مال في مدة العهدة أو الخيار وقد اشترط المبتاع مال العبد فهو للعبد بأى وجه كان وان لم يشترطه المبتاع فهو للبائع بأى وجه كان ذلك عيسى عن ابن القاسم (مسئلة) وهل يجوز أن يشترط بعض مال العبد أولا روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك غير جائز وروى عن أشهب اجازته حين العقد وبعده ووجه القول الأول ان ماتبع المبيع في البيع لا يجوز أن يشترط اتباع بعضه أصل ذلك ماتبعه بالشرع ومقتضى العقدة وهو ثمة مأبورة أو غير مأبورة في أصل المبيع ووجه القول الثاني ان هذا المال يثبت بعقد البيع فجاز أن يستحق بعضه كالثياب يجوز شراء جميعها وشراء بعضها (مسئلة) وهذا اذا كان العبد جميعه للبائع فان كان له بعضه فانه على ضربين أحدهما أن يكون الباقي لغيره والثاني أن يكون حرا فان كان رقيقا لغيره لم يحل أن يبيع حصته من شريكه أو من أجنبي فان باعها من شريكه فلا يجوز بيعه منه على الاطلاق لان الاطلاق في العقد يقتضى أن يكون له من مال العبد بقدر ماله في العبد ولا يجوز له انتزاعه الا باذن الشريك والاذن معدوم فان اشترطه البائع فقد قال سحنون هو جائز وهو كالمقاسمة وهو قول حديد لان رضا المبتاع بالشرط اذن له في انتزاع حصته من المال وذلك غير جائز على المشهور من المذهب فان اشترطه المبتاع فأما على قول ابن القاسم في تجويزه للمبتاع اشترط مال العبد فجواز ظاهر وأما على قول أشهب في المنع من ذلك فانه يحتمل وجهين أحدهما ان ذلك غير جائز لانه استثناء لبعض مال العبد والثاني أنه لا يجوز لانه لم يبق بيد البائع ما يكون به المبتاع مستثنيا لبعض المال بل قد استثنى جميع ما كان للبائع منه (مسئلة) فان باعه من غير شريكه فاشترطه البائع أو أطلق العقد لم يجز رواه أشهب عن مالك وعيسى عن ابن القاسم لان اشترط البائع له يقتضى انتزاعه ولا يجوز ذلك الا باذن شريكه ولم يوجد الاذن والاطلاق في العقد يقتضى ما يقتضيه هذا الشرط فان اشترطه المبتاع فأما على قول من يجيز اشترط المبتاع بعض المال فهو ظاهر وأما على قول من لا يجيزه فقد روى عيسى عن مالك تجويزه ووجه ذلك ان المبتاع قد شرط جميع ما يتعلق بدحق البائع من المال فكان ذلك جائزا كما لو كان العبد له فاشترط جميع ماله (مسئلة) وان كان النصف الثاني حرا فعندى انه لا يجوز بيعه على الاطلاق ولا يشترط كون المال للبائع لانه لا يملك انتزاع مال من فيه جزء من الحرية ويجوز بيعه بشرط المال بيد العبد لان ذلك ينفي انتزاع شيء من المال ص

قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه ايها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه

* قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه ايها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه

(فصل) وقوله نقدا أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وإن كان العبد مالاً أكثر مما اشترى به يريد أن
اشترط المبتاع: هذا المال لا يفسد العقد بان يكون المال المشترط عيناً أكثر مما اشترى به من العين
أو يكون ديناً مؤجلاً فيشترى بالدين أو بالنقد أو يكون المشترط من المال مجهولاً عند المتبايعين
أو أحدهما لأن ما اشترط من ذلك ليس بعوض في البيع فيؤثر فيه الفساد بشئ مما ذكرناه لأن
المبتاع لم يشترطه لنفسه وإنما اشترط بقاءه على ملك العبد فليس بعوض في البيع استدل مالك
رحمه الله على ذلك بأن قال وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وإن كان للعبد جارية استعمل
فرجها بملكه أياها فأما الفصل الأول فهو أنه لا زكاة على السيد في مال العبد فقد خالفنا في ذلك من
يخالفنا في ملكه وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة وأما الفصل الثاني وهو أن العبد يستبيع وطء
أتمه بملك يمينه فهو فصل صحيح وذلك أنه لا يستباح الوطء إلا بأحد أمرين نكاح أو ملك يمين فإذا لم
يكن للعبد في أتمه نكاح لم يبق إلا أن يستبيع وطءاً بملك يمينه لا خلاف في جواز ذلك فيثبت بذلك
ملكها وإذا صح ملكه للأماء صح ملكه لغير ذلك من الأموال لأن أحداً لم يفرق بينهما

(فصل) وقوله وإن أعرق العبد أو كاتب تبعه ماله يريد أن ماله يتبعه باطلاق العتق دون اشتراطه
بخلاف البيع وذلك أن زوال ملك السيد عن العبد إلى أربعة أوجه أحدها المعاوضة كالبيع
والنكاح ففي هذا لا يتبعه المال إلا بالشرط وبه قال مالك والبخعي والليث خلافاً للحسن البصري
والزهري في قولهما إن المال تبع للعبد في البيع والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو قوله
صلى الله عليه وسلم من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع والوجه الثاني العتق وما في
معناه من العقود التي تنقضي إلى العتق وتسقط النفقة عن السيد كالكتابة ففي هذا المال يتبع
العبد إلا أن يشترطه السيد وقال أبو حنيفة والشافعي وهو السيد في العتق والدليل على ما نقوله
أن الكتابة لما كانت تنقضي إلى العتق ملك المعتق بها ماله فبان ملكها بالعتق أولى وأحرى والوجه
الثالث الجناية فإن المال يتبع فيها الرقبة وينتقل بانتقالها وسيأتي تفسيره في الجنايات إن شاء الله
تعالى والوجه الرابع الهبة والصدقة فقد اختلف أصحابنا فيها فقال بعضهم يتبع المال العبد لأنه منتقل
عن مالك سيده بغير معاوضة فأشبهه انتقاله بالعين وقال بعضهم يتبع ماله والمال للواهب لأنه منتقل
عنه باختياره إلى مالك فلم يتبعه ماله كالبيع

(فصل) وقوله فإن أفلس أخذ الغرماء ماله وذلك أن فليس العبد يكون بأن يأذن له سيده في
التجارة فيستغرق الدين ماله فإن الغرماء يأخذون ماله ولا حق لهم من ذلك قبل سيده ولا في رقبته
لأنه إنما تناول أذنه في التجارة ما يبيده من المال ومبايعته إنما تنقضي تعلق الدين بذمته دون خدمة
سيده ودون رقبته

﴿ ما جاء في العهدة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل
كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة
السنة * قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة في الأيام الثلاثة من حين يشترى حتى تنقضي الأيام
الثلاثة فهو من البائع وإن عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فإذا مضت السنة فقد برى البائع
من العهدة كلها * ش قوله أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة

﴿ ما جاء في العهدة ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن
عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن
عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان
وهشام بن اسمعيل كانا
يذكران في خطبتهما عهدة
الرقيق في الأيام الثلاثة
من حين يشترى العبد أو
الوليدة وعهدة السنة قال
مالك ما أصاب العبد أو
الوليدة في الأيام الثلاثة
من حين يشترى حتى
تنقضي الأيام الثلاثة فهو
من البائع وإن عهدة
السنة من الجنون والبرص
والجذام فإذا مضت السنة
فقد برى البائع من العهدة
كلها

الرقيق يريد انهما من الامور المشهورة المعمول بها التي كان الامراء يهتفون بها ويجعلونها من أوكد اللوازم حتى كادوا يدخلون ذلك في الخطب لئلا يخفى على أحد من قرب من المدينة ولا بعد عنها لأن المدينة كانت لا تنفك عن قادم عليها من جميع الافاق وكانوا يحضرون الجمع وأوقات الخطب فيسمعون تكرار ذلك في الخطب من الامراء أو ممن يرجع الى قولهم ويمثل أمرهم ثم لا ينكر ذلك عليهم منكر ولا ينههم عنه ناه لكونه سابقا معمولاً به عند الأئمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم واليهم كان يرجع فيما اختلف فيه منه ولأن أمير المدينة لم يكن يدخل ذلك في خطبته الا بعد مشاورة أهل العلم من الصحابة والتابعين بها وموافقهم له عليها

(فصل) وقوله عهدة الرقيق في الايام الثلاثة الى آخر الحديث فيه ستة أبواب * الاول منها في تفسير معنى العهدة وتبيين أحكامها وعددها * والباب الثاني في محل الحكم بها من البلاد * والباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع * والباب الرابع في محل ثبوتها من العقود * والباب الخامس في مقتضى ذكرها * والباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير

(الباب الاول في تفسير معنى العهدة)

معناها تعلق المبيع بصمان البائع وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص مدة معلومة وذلك أن البيع فيما فيه العهدة لازم لا خيار فيه ولكنه مترقب مراعى فان سلم في مدة العهدة علم لزومه للبائع والبائع جميعا وان أصابه نقص علم لزومه للبائع وثبت الخيار للبائع في امضائه أو رده كعيب دلس به البائع لا يعلم براءته من التدليس بالعيب الذي ظهر في مدة العهدة وهي مضافة الى ملكه لما تعلقت التهمة به من التدليس وهي مغلبة على تجويز براءته ولذلك حكمنا عليه بار بالعيب اذا وجد في مدة ملكه وان كنا لانعلم أنه دلس به (مسألة) اذا ثبت ذلك فان لمبيع الذي ثبتت فيه العهدة على ضربين أحدهما فيه استبراء ومواضعة وسيأتى ذكره والثاني ليس فيه استبراء ولا مواضعة وله عهدتان ولكل واحدة منهما أحكام تختص بها وأما العهدة الاولى فهي ثلاثة أيام هذا مذهب أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم ومنع أبو حنيفة والشافعي ثبوت هذه العهدة اشترط ذلك المشتري أو لم يشترط واستدل أصحابنا في ذلك بما رواه قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاث ليال وروى قتادة عن الحسن عن سمرة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم عهدة الرقيق ثلاث ودليلنا من جهة المعنى ان الرقيق يمكنه الافهام والاخبار عما يجده من أسباب المرض ومقدمات العلل فيتبعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه فحكم فيه بالعهدة ليتبين أمره ويتضح حاله ووجه آخر وهو ان هذا وجه احتياط لا يتعلق بالتدليس ويقتضى الاختلاف في البيوع والتخاصم فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام أصل ذلك المصراة (مسألة) اذا ثبت ذلك فأول هذه الايام الثلاثة من يوم عقد البيع ان كان البيع لازما وان كان بالخيار فن يوم يحكم بلزوم العقد وانما يحسب فيها باليوم الكامل فان كان البيع قبل الفجر احتسب بما بعده من الايام وان كان البيع في بعض النهار فقد روى ابن القاسم عن مالك في كتاب محمدان كان البيع نصف النهار لم يحتسب بذلك اليوم وهذا القول مشهور لابن القاسم في العقيقة ومدة مقام المسافر في المصر وأما سحنون فيقول انما يراعى المقصود من المدة وتلفق أبعاض الايام فيحتسب في المقام في المصر بعشرين صلاة ويجبى على هذا أن تلفق أبعاض الايام في العهدة وجه ما قاله ابن القاسم ورواه عن مالك التعلق بلفظ الحديث في عهدة الرقيق ثلاث وذلك لا ينطلق على الساعات وأبعاض الايام

ومن جهة المعنى ان المعتبر في ذلك ثبوت حي الربع وقد يتقدم في اليوم الثالث ويتأخر فيجب استيفاء اليوم لتعلم السلامة منه ووجه ما يقتضيه قول سحنون انهم يراون في ذلك أقصى مدة ادواء الأمراض المعينة المعتادة وهي حي الربع وتبعيض الأيام فيها مشاهد وكما لها غير معتاد فاذا كان ذلك الأصل في معنى العهدة وجب أن تكون أيامها سنة على ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك ان العهدة من وقت لزوم البيع فسواء قبض المبتاع الجارية المبيعة أو لم يقبضها فان كانت غائبة غيبة بعيدة تقتضي أن تكون من البائع فان عهدة الثلاث من البائع فاذا انقضت نفى ضمان الغيبة البعيدة كما تنفي نفقة ضمان الاستبراء بعد انقضاء عهدة الثلاث على أحد قولي مالك وهو قوله ان ضمان العبد المبتاع المعين من البائع حتى يقبضه المبتاع وان لم يمسه بالثمن وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة في العبد المبيع نصفه (مسألة) اذا ثبت ذلك فان عهدة الرقيق في دمه الثلاثة الأيام لاحقة للبائع بأي وجه أصابه نقص أو هلاك مما يعلم أنه حادث أو لا يعلم وذلك انه لما كان أحوال الضمان عليه أغلب وأكثر أجرى جميعه مجرى غالبه وسواء كان ما حدث به من العيب نقص في جسده أو عيب يختص بنقص ثمنه كالإباق والسرقة والشرب والزنا فان ذلك كله يثبت الخيار للمبتاع عند ابن القاسم وابن الماجشون ووجه ذلك ان هذا عيب لو كان بالمبيع قبل البيع لكان للمبتاع الرد به فاذا حدث في عهدة الثلاث كان له الرد به كالنقص في الجسد (مسألة) فان ذهب شيء من العيوب الجارية قبل أن يرد المبتاع بطل خياره مثل أن يظهر بعينه رماض فيذهب وذلك فيما لا تتنفي عودته فأما ما تعتاد عودته كالحصى ونحوها فان سحنونا قال له الرد الآن لانه لا يأمن العودة سواء رفعه الى الحاكم حين أصابته الحصى أو لم يرفعه وقال أشهب لا يعلم ذهابها فان عاودته في القرب رد وان كان بعد الثلاث وجه قول سحنون ان ذهابها ليس يبرء فلا يسقط الخيار ووجه قول أشهب انه على صورة البرء ويحتمل المعاودة فيجب التوقيف حتى يعلم على أي الوجهين كان ردّها به (فرع) اذا ثبت ذلك فان طرأ على العبد أو الأمة أمر فأشكل وقت حدونه فلم يدر أي العهدة أو بعدها فذهب ابن القاسم في العبد يابق في العهدة وقد تبرأ بآثمه بالإباق فلم يعلم صحته ولا هلاكه ان ذلك من المبتاع حتى يعلم انه أصابه في العهدة وروى ابن نافع عن مالك ان ذلك من البائع حتى يعلم انه سلم في العهدة وجه قول ابن القاسم ان الأصل السلامة ولم يتيقن منه في العهدة أكثر من الإباق الذي تبرأ منه فلا يلزمه الضمان الا يتيقن سلامته في عهدة الثلاث (فرع) وعلى البائع نفقة العبد وكسوته ومؤنته في عهدة الثلاث لانها مرة تلحقه بملكه في الضمان العام فلزمه فيها النفقة والمؤنة كدعة الخيار (مسألة) وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد ويسقط عن البائع الضمان والنفقة ويبرم العقد فان لم يسقط العهدة ولكنه أحدث في العبد ما يمنع رده أو يقتضي الرضا به كالعتق ثم حدث عيب في عهدة الثلاث ففي كتاب ابن المواز تسقط بقية العهدة وقال أصبغ وسحنون العهدة ثابتة وينفذ العتق ويرجع بقية العيب وروى ابن حبيب عن ابن القاسم في عهدة السنة ثلاثة أقوال اثنان مثل القولين المتقدمين والثالث يرد العتق وهذا في عهدة الثلاث أولى ووجه الرواية الاولى ان هذا عيب حدث بعد العتق فلم يكن له الرجوع به كالعيب يحدث بعد العتق وفي غير عهدة الثلاث ووجه الرواية الثانية ان تمام البيع وانبراه مراعى بسلامة العبد في مدة العهدة فاذا حدث في العهدة عيب تبين أن العقد لم ينبرم فيثبت له الرجوع لانه كعيب حدث عند البائع أو في مدة الخيار ولا يمنع من ذلك العتق لانه بمنزلة أن يعتق عبدا اشتراه ثم يطلع بعد العتق على

عيب قديم ووجه الرواية الثالثة ان العقد لما كان مراعى وموقوفا على السلامة وكذلك العتق فاذا دخل فيه الخيار لحدوث العيب بطل العتق لانه عتق لم يصادف ملك المعتق
(فصل) وأما العهدة الثانية وهى عهدة السنة فتختص بثلاثة ادواء الجنون والجنام والبرص فكل ما ظهر فى هذه المدة من هذه الادواء فهو من البائع هذا من ذهب مالك وجاعة أهل المدينة وقال أبو حنيفة والشافعى ذلك كله من المبتاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالجنون الذى يجب به الرد هو ذهاب العقل من مس الشيطان على هذا جمهور أصحابنا مدنيهم ومصريهم الا ابن وهب فانه قال بأى وجه زال عقله فى السنة من ضربة أو غيرها فهو من البائع ووجه الرواية الاولى ان السنة انما جعلت مدة لهذه العهدة من الادواء الثلاثة لما كانت ادواء توجدا أسبابها ويتأخر وجودها وبذلك فارت سائر الادواء وذهاب العقل بضربة أو معنى طارىء معلوم أن سببه لم يكن موجودا حين التبايع فلم يلزم البائع الضمان ووجه الرواية الثانية ان هذا ذهاب عقل فى عهدة السنة فلزم به الرد كما لو كان عن جنون (مسئلة) فان ذهب بالعبد بهق أو حجرة أو جرب مفرط حتى يقبح منظره لم يرد بشئ من ذلك الا الجنام والبرص لان هذه الادواء التى لا يبرأ منها فى الغالب وينعدم أسبابها تذهب معظم ممن المبيع والحجرة والجرب والبهق معان يبرأ منها غالبا فاشبهت سائر الامراض (مسئلة) فان ظهر به جنون أو جنام أو برص بين ثم ذهب قبل الرد فقال مالك فى الجنون يرد وقال ابن حبيب فى ذلك كله يرد لان ذلك كله لا تؤمن عودته كالجنون ولان هذه الادواء لا يكاد يبرأ منها فان ظهر بعض البرء فان سببه كامن فيجب به الرد (مسئلة) والذي يرد به من هذه العيوب عند ابن القاسم ما ظهر وتيقن فى مدة السنة أو تيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة فلا يرد به وتابعه على ذلك ابن كنانة قال ابن وهب وأشهب وابن الماجشون وأصبغ يرد بما تيقن بعد السنة اذا شك فيه قبل انقضائها وقال ابن المواز اذا تيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة رد بذلك وجه قول ابن القاسم ان السنة حد لظهور هذا المعنى لجواز أن تكون أسباب هذا المرض قد اطلع عليها البائع وكانت من الامراض التى تطرأ مما لا صنع فيها للبائع ووجه القول الثانى ان الضمان انما يلزم بالعهدة لأجل التدليس ألا ترى ان العبد اذا جنى عليه فى عهدة الثلاث ان ذلك لم يكن مما دلس به البائع ومع هذا فقد لزمه ضمانه (مسئلة) والنفقة والمؤنة فى عهدة السنة على المبتاع ووجه ذلك ان ما يرد فيها هذه الادواء الثلاثة يتوقع وجود أسبابها قبل البيع وهى زيادة فلم يلزمه ضمان ما يحدث ويتكرر بتوقع ما يقل ويندر واذ لم يلزمه الضمان على العموم لم تلزمه النفقة ولم تكن له غلة والأصل فى ذلك ما رواه محمد بن خالد عن عروة عن عائشة قالت قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الخراج بالضمان وهذا الحديث وان لم يشترط الصحة من وجه الاسناد فقد تعلق به جمهور الفقهاء (مسئلة) وهل تدخل عهدة الثلاث فى عهدة السنة أم لا عن مالك فى ذلك روايتان روى عنه أشهب وابن القاسم ان ابتداء السنة بعد انقضاء الثلاث وبعد انقضاء الاستبراء فيما فيه الاستبراء روى ابن حبيب عنه ان ذلك داخل فى السنة وان السنة من يوم التبايع ووجه رواية ابن القاسم ان العهدين متنافيتان أحكامهما مختلفة فوجب أن لا يتداخلا وانما يتداخل من المدد ما تفتق أحكامهما ووجه رواية ابن حبيب ان المدتين لازمتان باطلاق العقد لا تفتقر واحدة منهما الى تعيين مدتها فيكون أولها يوم البيع
(الباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد)
أما محل العهدة من البلاد فاختلف أصحاب مالك فى ذلك فقال ابن حبيب قال المصريون من أصحاب

مالك لا تلزم عهدة الثلاث أهل بلد حتى يحملهم السلطان عليها ومثل ذلك روى عن ابن القاسم عن مالك قال ابن حبيب وروى المدنيون عن مالك يقضى بها بكل بلد وان لم يعرفها أهلها وعلى الامام أن يحدتها ويحكم بها على من عرفها وجهلها قبل التقدم فيها وبعده وجه رواية المصريين ان العرف جار بذلك بالمدينة على ما تقدم ولما كان له وجه من وجوه الصحة حمل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد ووجه رواية المدنيين ان ذلك من مقتضى العقد لانه من تمام التسليم وفي هذا الباب معنى آخر يحتاج الى تبينه وذلك ان اشتراط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد لمن شرط على البائع ضمان المبيع بعد قبضه فان كان محل الضمان مختلفا فيه فلا بد مع ذلك أن يكون له عرف أو لا يكون له عرف فان كان له عرف جاز نقله بالشرط كبيع الاعيان الغائبة واشتراط ضمانها من غير ما يقتضيه العقد وان كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عن القابل بذلك فلا يجوز اشتراط نقله فان شرط نقله في عقد بيع عما يقتضيه العرف صح العقد وبطل الشرط وان كان الشرط بخلاف مقتضى العقد فشرط نقله الى ما يقتضيه العقد صح العقد والشرط وان شرط نقله عما يقتضيه العقد الى العرف فان كان للعرف وجه صحيح صح العقد والشرط وان لم يكن وجه صحيح بطل العقد وصح الشرط فعلى هذا ان شرط في غير بلاد العهدة العهدة فعلى قول المصريين يثبت العقد ويبطل الشرط لانه شرط ما يخالف مقتضى العقد والشرط جميعا لانه شرط مقتضى العقد دون العرف فان شرط البراءة بالمدينة فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد وعلى قول المدنيين يبطل الشرط ويثبت العقد (فرع) فان قلنا براءة المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة على العهدة أم لا عن مالك في ذلك روايتان روى عنه ابن القاسم وددت ان الناس يحملون على ذلك وروى عنه أشهب لا يحمل أهل الآفاق على العهدة وليتركوا على حالهم وجه رواية ابن القاسم ان هذا معنى له وجه احتياط في بيعات الرقيق وتجوز ما كثر من تدليس الناس فيه فوجب أن يحمل الناس عليه كنصب المكيال والموازين ومنع كسر الدنانير والدرهم ووجه رواية أشهب ان عرف البلاد اذا وافقه مقتضى العقد لم يجز تغيير حكمه وهذا على رواية المصريين

(الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع)

أما محل العهدة من المبيع فهو في الرقيق خاصة والفرق بينه وبين سائر المبيعات ما ذكرنا من أن له تميزا تكم به عيوبه فجعلت العهدة باختيار حاله وتبين أمره هذا الذي حكاه القاضي أبو محمد عن أبي بكر بن الجهم وهذا ضد ما يحتاج اليه لان هذا دليل على جواز البيع بالبراءة والصحيح عندي ما ذكره غيره من ان للرقيق أفهاما تخبر عن أسباب امراضه التي يجدها قبل ظهورها عليه فيكون كتمان السيد لما أخبر به من أسباب امراضه تدل على قيام مقام تدليس بما ظهر عليه من عيوبه لان خيار الرد بالعيب انما يثبت حيث يختلف حال البائع والمبتاع في المعرفة بالعيب فاذا استوت حالهما في ذلك بطل الخيار فلما كان سائر الحيوان والمبيعات لا يمكنه الاخبار عما يجده من أوائل الامراض وأسبابها ومباديها في باطن جسمه استوت حال البائع والمبتاع في ذلك فلم يكن للبائع الرد بالعيب ولذلك لما كانت أدواء الجنون والجدام تتقدم بالمدّة الطويلة وتظهر باختلاف الفصول والازمنة كانت العهدة فيها سنة لاستيفاء جميع الفصول والازمنة ولما كانت سائر الادواء لا تتقدم أسبابها أكثر من ثلاثة أيام كان ذلك المقدار عهدها (مسألة) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم من لا يعقل من الصبيان ولا يمكنه الاخبار عما يجده من أسباب المرض لاننا انما نعالج الجنس دون أعيانه

ولم نفرق بين من يتأتى ذلك منه وبين من لا يتأتى لانه لا يمكننا تمييز وقت امكانه من وقت تعذره فوجب أن يكون حكم جميعه حكم ما يمكن ذلك فيه ولذلك جعلنا عدة الوفاة وحكم الاحداد على الصغيرة لما تعذر علينا تمييز الصغر من الكبر (مسئلة) عهدة الثلاث لازمة في الأمة اراثة التي تجب فيها المواضعة الا أنها داخله في جلة الاستبراء ان استغرقها أمر الاستبراء لما كان حكم عهدة الثلاث حكمه فان ذهب الاستبراء جلة ولم يثبت كاستبراء الأمة الحامل أو شراء الرجل زوجته فعهدة الثلاث فيها ثابتة ظاهرة لتعريضها عن أحكام المواضعة وكذلك التي تشتري في عظم دمه

(الباب الرابع في محل العهدة من العقود)

أما محل العهدة من العقود وتميز ما ثبت فيه العهدة منها مما لا تثبت فان ما يتعاوض به من الرقيق على ضربين معين وثابت في الذمة موصوف فأما المعين فان المعاوضة به على ضربين أحدهما أن يكون العقد مبنيا على المغالبة والمكايسة كالبيع والثاني أن يكون مبنيا على المكارمة فأما البيع فانه لا يخلو أن يكون بيع براءة أو بيعا مطلقا فان كان بيع براءة فقد قال ابن كنانة في المدنية ومن اشترى رقيقا من أهل الميراث فانه بيع براءة ولا عهدة لشتره لا عهدة ثلاث ولا عهدة سنة وضمانها من أهل الميراث في عدة الاستبراء ان كانت من على الرقيق ورواه ابن القاسم عن مالك وان كان بيعا مطلقا فقد ثبتت فيه العهدة على ما قدمناه (مسئلة) وأما ان كان مبنيا على المكارمة كعقد النكاح فاختلف فيه قول مالك في كتاب ابن المراز فقال مرة فيه العهدة وبه قال أشهب وقال مرة لا عهدة فيه وقاله سحنون فوجه قوله بثبوت العهدة انه عقد معاوضة فكان حكم العهدة فيه ثابتا كالبيع ووجه القول الثاني أن النكاح يفتى استباحة الاستمتاع حين العقد ولا يجوز في عهدة الثلاث قبض العوض الذي هو البضع فلو ثبتت العهدة في النكاح بالرقيق لوجب أن يبطل النكاح لتعذر استباحة الاستمتاع حين العقد ولاقتضاء العوض ولاقتضاء العوض قبل انقضاء عهدة الثلاث وقد أجمعنا على صحة النكاح بالرقيق ثبت بذلك أن لا عهدة فيه وهذا التعليل يقتضي أن لا عهدة في غير مخالف به لان عوضه يحصل بنفس العقد وذلك ينفي العهدة وقد قاله سحنون في العبد المخال به والمخال به (مسئلة) وأما الاقالة والشركة والتولية والسلف فقال ابن حبيب لا اقالة في عهدة ولا سلف ورواه ابن المراز عن أصبغ وقال سحنون لا عهدة فيما سلف من الرقيق فكأنه قصر هذا الحكم على ابتداء القرض لا على قضاؤه ووجه ذلك انه عقد مبنى على المكارمة كعقد النكاح وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة في العبد الموهوب للشواب ووجه ذلك ما قدمناه ويحتمل أن يكون في الاقالة وغيرها مما ذكرناه معها قول ثان ان العهدة تثبت فيها فان كانت بعد انقضاء العهدة الأولى فهذا على قولنا ان الاقالة بيع وان قلنا انه فسخ بيع على ما تأوله بعض أصحابنا في الشفعة والمرا بحة فلا عهدة فيها قول واحد (مسئلة) وأما الرد بالعيب فروى أشهب عن مالك لا عهدة فيه ووجه ذلك انه فسخ بيع وليس بعقد معاوضة وفسخ البيع لا عهدة فيه كالبيع الفاسد يفسخ

(فصل) وأما غير المعين وهو الثابت في الذمة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يثبت معاينة كالسلم والثاني أن يثبت بعقد مكارمة كالنكاح والقرض فأما السلم فاختلف أصحابنا فيه فروى ابن المراز فيه العهدة وبه قال ابن حبيب وقال ابن المراز لا عهدة فيه وان كان ببلد العهدة الا أن يشترطها فان كانت أمة ففيها الاستبراء وقال ابن القاسم ليس فيها عهدة ثلاث وعهدة السنة تبع لها وقد قال

سحنون لا عهدة في عبداً مأخوذاً من دين ولا مأخوذاً من كتابة وقول ابن حبيب فيه العهدة ويحتمل أن يكون مبنياً على قول أشهب أن تعيين العبد كالقبض وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى ويحتمل أن يجري أيضاً على مذهب ابن القاسم وإن فسخ الدين في الدين إنما يكون فيما نقل من جنس إلى غيره وأما من يثبت له شيء في الذمة بعين بحسنه فليس من باب فسخ الدين في الدين والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في محل درك العهدة)

أما محل دركها فسيأتي بعده هذا مبيناً إن شاء الله تعالى

(الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير)

أما حكمها فقد ذكرنا أن العهدة المختصة بالريق عهدتان أحدهما عهدة الثلاث والثانية عهدة السنة فأما عهدة الثلاث ففيها مسئلتان أحدهما لا يلزم النقد فيها بمجرد العقد والثانية لا يجوز اشتراطه في مدة هذه العهدة وإنما قلنا أنه لا يلزم النقد فيها توفعاً للمعنى متكرراً متقدماً لجواز ذلك المبيع أو بعضه مع انفراد البائع بمعرفة وضمانه للبيع بسببه فلم يكمل تسليمه للبيع فلذلك لم يستحق قبض ثمنه (فرع) والفرق بينه وبين الثمرة في رؤس النخل التي ضمانها من البائع ويلزم النقد فيها باطلاق العقدان ضمان البائع للثمرات إنما هو لأمر طارئ يخاف حدوثه يتيقن أنه يستوى في معرفته البائع والمبتاع وضمان العهدة لسبب ماض لا يتيقن عدمه على البائع حين لعقد وإنما ضربت مدة الأيام الثلاثة استبراء ليغلب على الظن سلامته (مسألة) ولا يجوز اشتراط النقد فيها لأن هذه مدة لا يلزم دفع الثمن فيها بمجرد العقد إلا بالتسليم له فلم يجز اشتراط دفعه فيها كمدة الخيار (فرق) والفرق بينه وبين المكيل والموزون أنه يجوز شرط النقد فيه قبل وجوبه وقبل خروج المبيع من ضمان البائع أن ضمان البائع هناك إنما هو لما بقي عليه من حق التوفية فكان للمبتاع منع الثمن حتى يستوفي فإذا شرط عليه تعجيله جاز ذلك كشراء المنافع في الإجارة وليس كذلك في مسئلتنا فإنه لم يبق عليه حق توفية فأشبه بيع الخيار فإن شرط النقد بطل العقد (فرع) ولا يجوز اشتراط البائع وضع النقد على يده مختمو لأن ذلك اشتراط النقد ويجبى على قول القاضي أبي محمد في مسألة العربان أن ذلك جائز وهل للبائع إيقاف الثمن على يد عدل عن مالك في ذلك روايتان قال في الموازية يجب إيقافه وقال في المبسوط والعينية ليس عليه ذلك إلا أن يتطوع به وجه الرواية الأولى أن من حجة البائع أن يقول أخاف فلسه وذهاب ما بيده وأن يفسد تسليمه إلى قاتل لم يجز ذلك فليست وثق لي بوضعه على يد عدل ووجه الرواية الثانية أنه إذا لم يجب تسليمه إلى البائع لم يلزم إخراجه من ذمة المبتاع إلى يد أمانة لأن ذلك تغرير بالمال (فرع) فإذا وضع على يد عدل فتلطف فضياعه على من يجب له أخذه عينا كان أو عرضاً أو حيواناً حكاه ابن الموارز عن مالك وجه ذلك أنه لما كان أمر المبيع مراعى إن سلم لزم المبتاع بالعقد الأول وإن لم يسلم لم يلزمه ووجب أن يكون الثمن أيضاً مراعى معتبراً بالمفون لأنه إنما أوقف بسببه فإن سلم المبيع فالثمن من البائع لأنه قد ظهر أنه في ملكه من يوم قبضه وإن لم يسلم المبيع فالثمن من المبتاع لأنه باق على ملكه (مسألة) وهل له أن يتسكك بالمبيع نائماً إذا ضاع الثمن روى عيسى عن ابن القاسم أنه ذلك وروى عنه أنه ليس له ذلك ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال ينفسخ البيع ولا ثمن من المشتري والجارية المعيبة للبائع وجه بقاء الجارية له وهو اختيار سحنون وأصبغ أن هذا خيار كان له قبل ضياع الثمن فلا يسقط حقه بضياع الثمن أصلاً إذا لم يحدث بالمبيع عيب ووجه إبطال الخيار أن حدوث النقص في مدة العهدة من ضمان

البائع فوجب أن يكون ضمان الثمن من المشتري (فرع) فإذا قلنا بثبوت الخيار ففي أي شيء يكون له الخيار روى ابن المواز عن ابن القاسم له قبول المبيع بالثمن التالف وقال ابن عبدوس عن عبد الملك إنما له أخذها بنحو ثمن ثان أو ردها وقال سحنون إن أتلف الثمن قبل حدوث العيب فإنما يأخذ بثمن آخر وأما إن تلف الثمن بعد حدوثه وقبل رضا المبتاع به قبل الخيض أو بعده فله أخذ الجارية دون ثمن آخر وجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يلزمه عوضان في عين واحدة ووجه القول الثاني أن النقص الحادث في المبيع تبين أن الثمن الأول له وبقي له الخيار فإن رد المبيع والا كان عليه أن يأتي بثمن آخر يصل إلى البائع ووجه القول الثالث أن تقدم حدوث العيب قد أثبت له الخيار قبل ضياع الثمن فالثمن من البائع وإذا ضاع الثمن قبل حدوث العيب فقد ضاع من المشتري فإذا حدث العيب بعد ذلك واختار السلعة فعليه ثمن آخر (مسألة) فإذا قلنا إن النقد غير لازم ولا جائز بالشروط جزأ أن يتطوع المبتاع بعد تمام البيع لأنه تقديم لنقد لا يلزمه تقديمه كالثمن المؤجل وهذا إذا لم يكن البيع بالخيار فإن كان بالخيار فنقد في مدة الخيار لم يجوز ذلك لأنه إذا لزم البيع بامضائه وقطع الخيار أخذ فيه جارية فيها المواضعة فأل ذلك إلى فسخ دين في دين

(فصل) وأما عهدة السنة فالنقد فيها لازم لأن ما يتق فيها نادر شاذ فلا يجوز منع النقد لسبب متوقع نادر ولأن هذه مدة سقطت فيها النفقة عن البائع بالبيع فكان له أخذ الثمن أصل ذلك بعد انقضاء العهدة ص قال مالك ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيباً فكهة فإن كان علم عيباً فكهة لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردوداً ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق ش وهذا كما قال إن من باع رقيقاً بالبراءة فقد برئ مما لم يعلم من العيوب ويسقط عنه حكم العهدة وحكم الرد بالعيب وذلك أن المبيع على ثلاثة أضرب ضرب فيه العهدان المتقدمان وهو الرقيق والضرب الثاني ليست فيه عهدة مقدرة بزمان ولكن عهدة الرد بالعيب فيه ثابتة فتى اطلع على عيب يمكن أن يدلس به البائع كان له الرد بالعيب وسيأتي بيان بعد هذا إن شاء الله تعالى والضرب الثالث بيع البراءة من عهدتي الرقيق من العيوب التي لم يعلم بها البائع فتى اطلع المبتاع على عيب لم يعلم أن البائع علم به لم يرد به هذا المشهور من المذهب وحكى القاضي أبو محمد عنه رواية ثانية اشتراط البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا بما يراه المبتاع وللشافعي في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يبرأ ببيع البراءة من عيب علمه أو لم يعلمه والثاني يبرأ منها وبه قال أبو حنيفة والثالث يبرأ في الحيوان من الداء الباطن خاصة وحكى عنه يبرأ مما لم يعلم في الحيوان دون ما علم كقول مالك في الرقيق والدليل على تأثير شرط البراءة فيما لم يعلمه البائع من العيوب حديث عبد الله بن عمر الذي يأتي بعده هذا وحكم عثمان بن عفان رضي الله عنه بالمعين أنه ما علم بالعيب وفي ذلك إثبات ما وصفناه من البراءة لأن عثمان أمير المؤمنين وكانت أحكامه تسمع وتنتقل لاسيما إلى مثل عبد الله بن عمر ولم يعلم له مخالف في ذلك ومن جهة المعنى إن هذا تبرؤ من عيب استوى فيه علم المتبايعين فلم يثبت فيه خيار الرد بالعيب أصل ذلك إذا علمناه وفي هذا الدليل نظر ووجه الرواية الثانية ما احتج به بعض أصحابنا أن في بيع البراءة غرراً فإن المبتاع بذل ثمنه في مقابلة سلعة لم يعقد البيع على صحتها ولا رجوع له بما ينقص العيب منها فلم يعلم قدر ما يشتري به ولا قدر ما يسلم وهذا الدليل يقتضي صحة العقد ولم ينقل ذلك عن أحد من شيوخنا وإنما هذه الرواية مع شذوذها تمنع البراءة وتصحح العقد وإنما يعتمد فيها على قلة العيب مع سلامة العقد والتسليم والتزامها على الظاهر

• قال مالك ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو من غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيباً فكهة فإن كان علم عيباً فكهة لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردوداً ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق

من السلامة ولذلك منع من البراءة من ثلاث في علي الرقيق من الحمل الذي لم يظهر لما كثر الفرر ومنع المغيرة من الحكم بالبراءة فيما زاد على الثلاث من عيوب الرقيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهل يتبع بالبراءة من لا يعلم حال المبيع اختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وروى عن ابن الماجشون وأصبغ التخفيف فيه وجه قول مالك انه قصد الى التدليس حين لم يشرف على حال المبيع وقد توقع عيوباً فأراد أن لا يطلع عليها للتدليس ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من أن هذا بائع البراءة فلم يمنع من ذلك عدم علمه بحال المبيع كالوارث والسلطان (فرع) فإذا قلنا بقول ابن الماجشون فالبيع صحيح والشرط لازم وبه قال أشهب وإن قلنا بقول مالك فقد قال ابن القاسم لا تنفعه البراءة اذا علم انه لم يعتبر العبد ووجه ذلك أن الشرط المختلف في جوازه لا يبطل العقد وان بطل هو في نفسه فهذا لما شرط البراءة صح البيع ولم ينقد الشرط على وجه التدليس كما لو علم بالعيب واشترط البراءة (مسئلة) ولا يبرأ البائع بالبراءة مما علم من العيوب وهذا أحد قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ من ذلك والدليل على ما نقوله حديث عثمان رضي الله عنه انه قضى على ابن عمر بان يحلف انه ما علم به عيباً ولو لم يجب الرد بما علم لم تلزم هذه اليمين ودليلنا من جهة المعنى ان هذا عيب دلل البائع به فثبت فيه خيار الرد بالعيب كما لو لم يبع بالبراءة اذا ثبت ذلك ففي بيع البراءة خمسة أبواب * أحدها في تعيين محلها من العقود * والثاني في تعيين محلها من العقود عليه * والثالث فيمن يجوز له ذلك من العاقدین * والرابع في تعيين ما يصح ذلك فيه من العيوب * والخامس في شروط صحة عقد البيع بالبراءة

(الباب الاول في تعيين محل البراءة من العقود)

لم أر أحداً من أصحابنا ذكره في غير البيع ولا ذكر ما يختص به من البيوع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انها تصح في كل عقد معاوضة ليس من شرط صحتها التماثل فإنا كان من شرط صحتها التماثل لم يجز فيه البراءة كالقرض لان البراءة في القرض والقضاء أو في أحدهما في التماثل يجوز أن يكون في أحدهما من العيوب ما ليس في الثاني فلم يعلم التماثل والجهل بالتفاضل فيما ينافيه التفاضل كالعالم به في فساد العقد (مسئلة) وهذا في المعين وأما ما ثبت في الذمة (٢)

(الباب الثاني في تعيين محلها من العقود عليه)

المبيع المعقود عليه على ثلاثة أضرب رقيق وحيوان صامت وعروض فاما الرقيق فالظاهر من المذهب جواز بيعه بالبراءة ووجه ذلك ان الرقيق يكتم عيوبه ولا يظهرها استرا على نفسه ورغبة في بقاءه في محله فكان ذلك مقوي لما يدعيه البائع من استواء علمه به وعلم المبتاع ومن أصلنا ان الرد بالعيب مبني على علم البائع بالعيب وتدليسه وما استوى فيه علم البائع والمبتاع فلا سبيل الى الرد به علماً أو جهلاً فان قيل تارة يستدلون بكتما نه على صحة البراءة وتارة يستدلون باخباره على العهدة وهما علمان متضادان وحكمان متنافيان ولا يجوز أن يثبت علمان متضادان في عين واحدة فان كانت العلة في ثبوت العهدة جواز اخباره فيجب نفي البراءة لان الاخبار مناف لها ويبطل حكمها والجواب ان الأمرين متباينان من الرقيق الكتمان والاخبار وهذا شاهد لا يمكن نفيه ولا انكاره فلما أمكن اخباره أثبتنا فيه العهدة بمجرد العقد كما أثبتنا للمبتاع خيار الرد بالعيب فيما يمكن أن يعلمه البائع من العيوب وانما ثبت البراءة لمن اشترطها ان لم يخبره بعيب ولا اطلع عليه فيه وكان

ما أخبر به ممكناته ومبانيه وصدقه في ذلك المبتاع ورضى بامانته فأثبتناه ما اشترط بصحة سببه فان قامت اليقينة بانه قد علم وتيقنا كذبه أبطلنا براءته وان لم تقم به بينة كان الظاهر في تصديق المشتري ظاهرا في صدقه واستبرأنا أمره بهيئته انه لم يعلم ذلك باخبار البائع ولا غيره والله أعلم وأحكم (مسئلة)
وأما الحيوان الصامت فالذي عليه أكثر أصحابنا انه لا تصح فيه البراءة رواه ابن القاسم وغيره عن مالك وقال محمد وقع لما لك في كتبه من باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة فقد برئ وبه قال ابن كنانة والشافعي وجهه الرواية الثانية ما استدلل به الشافعي من ان الحيوان يفارق سواء لانه لا يستوى في الصحة والسقم وتحول طبائعه وقلماء يخلو من عيب (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم ووقع البيع بالبراءة في الحيوان فهل يفسخ البيع أو يثبت ويبطل الشرط الذي تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك ان البيع صحيح والشرط باطل لانه قال له الرد ولا تنفعه البراءة وقال أشهب ان وقع في الحيوان لم أفسخه وان وقع في العروض فسخته الا أن يطول ذلك ويتباعد فلا أفسخه قال محمد زاد ابن حبيب قال لا أفسخه لما وقع في كتاب مالك من باع وليدة أو حيوانا بالبراءة فقد برئ ووجه هذا ما أشار اليه محمد من ان الشرط لما كان مختلفا في جوازه لم يبطل العقد عن من لا يجيزه ولكن يبطل الشرط في نفسه ويثبت العقد عاريا منه (مسئلة) وأما العروض فروى ابن حبيب ان مالكا أثبت البراءة في الحيوان والعروض وبه قال ابن وهب رواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وهو قول أبي حنيفة ووجه هذه الرواية ان هذا بيع فجاز أن تثبت فيه البراءة مما لا يعلمه البائع كالرفيق.

(الباب الثالث فيمن يجوز له البراءة من البائعين)

في هذا الباب فصلان أحدهما في تبين من يبيع ببراءة والثاني في تبين من يثبت في بيعه اشتراط البراءة

(فصل) فاما الفصل الاول فعن مالك في ذلك روايتان احدهما ان يبيع السلطان ويبيع الموارث يبيع براءة والثانية ان يبيع السلطان خاصة على البراءة قال ابن القاسم لم يختلف قوله في بيع السلطان فوجه القول الاول ان يبيع الموارث يبيع على الميت لا يستطيع رده لقضاء دينه ووصيته فأشبه ببيع السلطان ووجه القول الثاني ان يبيع السلطان حكم ولذلك اذا باع في حياة من يباع عليه نفذ بيعه وكان على البراءة والوصي ولو باع في حياة من باع عليه لم يكن على البراءة فاذا باع بعد موته لم يكن على البراءة (مسئلة) ويبيع السلطان هو ما تولى بيعه على مفلس أو من مغم أو باعه من تركه ميت لقضاء دين أو تنفيذ وصية اماما باعه الورثة لدعاء بعضهم أو جميعهم الى البيع فليس من هذا في شيء وهؤلاء بكهانة اشتركوا في رقيق وكذلك يبيع الولي على اليتيم لحاجة الانفاق فهو كبيع الأب على ابنه

(فصل) فاما الفصل الثاني وهو في ثبوت البراءة لمن اشترطها فعن مالك في ذلك روايتان احدهما أنها تثبت بالشرط والثانية انها لا تثبت بالشرط وانما تثبت لمن كانت مقتضى بيعه دون شرطه والرواية الاولى هي رواية الموطأ في قوله ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ وجه ذلك ما روى من قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه في بيع البراءة باليمين انه ما علم به عيبا ومن جهة المعنى ما قدمناه من كتمان الرفيق لعيوبه وان البائع لا يعلم به فيستوى فيه علم البائع والمبتاع ولما صح هذا منه وصح أن يعلم لم يجز هذا الا بالشرط لما فيه من ادعاء الجهل بعيبه ودخول

المشتري على تصديقه ووجه الرواية الثانية ان ما لا يثبت فيه حكم البراءة بنفس العقد لا يثبت فيه بالشرط كسائر العيوب التي يعلمها البائع ويشترط البراءة منها ولا يسميها (فرع) فان قلنا بالرواية الاولى فيجب أن يكون بيع البراءة ثابتا في الرقيق خاصة لما ينفرد به من كتمان عيوبه وان قلنا بالرواية الثانية فيجب أن تكون البراءة في كل بيع على ما اختاره ابن حبيب ورواه مطرف وابن الماجشون (فرع) ان قلنا ان البراءة لا تثبت الا في بيع السلطان أو بيع السلطان والمواريث فان باع السلطان أو باع أحد بأمره ولم يذكر انه يبيع مغنم ولا يبيع على مفلس ولا يبيع مواريث فهل يكون على البراءة روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك على البراءة وروى ابن المواز عن مالك هو على البراءة الا أن لا يعلم المشتري انه يبيع ميراث أو سلطان وجه قول أصبغ أن يبيع السلطان ويبيع من يتولى أمره أمر مشهور ولا بد فيه من بينة أو مشاهدة وجمع فيحمل على حكمه ولا يقبل قول من يدعي الجهل به ووجه قول مالك ان الناس اذا كان فهم من لا يحمل بيعه على البراءة ولم يعلم المبتاع أن البائع ممن يقتضي بيعه البراءة كان له الخيار في الرد أو الامساك وذلك كعيب اطلع عليه وأما بيع الوصي أو الورثة المواريث اذا قلنا انه على البراءة فاعمالا يحمل ذلك الا أن يعلم المبتاع انه يبيع براءة (فرق) والفرق بين بيع الوصي وبيع السلطان على قول أصبغ أن يبيع السلطان مشهورا يكاد يخفى وأما الوصي فبيعه لا يميز من يبيع غيره من الناس فيحتاج الى أن يبين فاذا تبين أنه يبيع ميراث روى ابن القاسم في المدونة أن ذلك لازم مع قوله ان البراءة لا تكون في بيع الرجل في خاصة نفسه ووجه ذلك أن البراءة لما التزمت وصادفت محلها لزم العقد وان لم يعلم العاقد بحمل ثبوتها (مسألة) اذا ثبت ذلك فان البراءة الثابتة في ذلك على وجهين أحدهما أن تثبت لمعنى في البائع والثاني ان تثبت بالشرط على رواية تجوز ذلك فأما ما تثبت لمعنى في البائع فان ذلك لعدم علمه بعيوب المبيع وتفويت الثمن بدفعه الى مستحقه كبيع السلطان والمواريث ففي هذا ان اطلع المبتاع على عيب قبل تفويت الثمن أقبل منه ورد عليه الثمن لأن البراءة فيه لمعنيين الجهل بالعيوب وفوات الثمن والثمن قائم بعد لم يفت وأما ان قام بالعيب بعد تفويت الثمن فقلل منه على البراءة ولا قيام له (مسألة) وأما ما يثبت باشتراط البائع البراءة فانه لا قيام له بما لم يعلمه البائع فان الثمن أو لم يفت لأنه أمر لازم بشرط صحيح لازم انعقد البيع به فوجب أن يلزم بنفس انعقاد البيع كسائر الشروط الصحيحة

(الباب الرابع في تعيين ما تصح البراءة منه من العيوب)

وذلك على ضربين براءة خاصة وبراءة عامة فأما الخاصة فعلى ثلاثة أضرب أحدها متفق على فساده والثاني مختلف فيه والثالث متفق على جوازه فأما المتفق على فساده فهو اذا أقر السيد بوطء الامة وتبرأ من حملها ظاهرا كان أو غير ظاهر فلا خلاف أن البراءة ههنا غير عاملة لأنه لا يبرأ من حمل يلزمه باجماع (فرع) وهل يفسد ذلك العقد أم لا الصحيح من المذهب أنه يفسد العقد وروى ابن حبيب عن مالك فممن تبرأ من حمل جارية وهو مقر بوطئها أن ذلك لا يبطل العقد وأنكر الشيخ أبو محمد هذه الرواية وجه قول الجماعة انه تنقل ضمانا متفقا على محله فوجب أن يفسد العقد على ما قدمناه (مسألة) وأما المختلف في جوازه فهو بيع الامة الراتعة بالبراءة من حملها الذي لم يظهر مع انكار وطئها فقد قال مالك انه غير جائز وأجازته الشافعي ويخرج ذلك على قول ابن حبيب وجه مذهب اليه مالك ما احتج به من كثرة العود لكثرة ما ينقص الحمل من قيمتها في تفاوت الغرر

بتفاوت قيمتها ان سامت من الحمل أو نقصها ان كانت حاملا وأما غير الرائعة فلا بأس بذلك وهذا في السرية وأما ذات الزوج فقد قال عبد الملك لا ترد للحمل يظهر بها وان كان لأقل من ستة أشهر من يوم ابتاعها المبتاع وكذلك المشهورة بالزنى حكى ابن عبدوس ذلك فعلى هذا يجوز التبري فيها بحمل غير ظاهر لأنه لا يذهب منهما الكبير من الثمن والله أعلم (فرع) فإذا قلنا ان البراءة من حمل غير ظاهر تمنع صحة العقد فان وقع العقد فلا يخلو أن يتبرأ من الحمل مع اقراره بوطئها أو مع نفيه لذلك فان أقر به فلا خلاف بين أصحابنا في أن المبتاع لا يضمنه الا بعد ان تمضي مدة استبرائها فان نفى وطأها فالذي قاله ابن القاسم في المدونة يضمنها المشتري بقبضها وخالفه ابن المواز فقال لا يضمن الا بعد مدة استبرائها وجه ما قاله ابن القاسم أن البيع الفاسد قد يسقط ما شرط فيه ورجع الى مقتضاه ومقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن المبيع بالقبض ووجه ما قاله ابن المواز ان كل عقدا نمايرد فاسده الى مقتضى صحيحه ومقتضى صحيح هذا العقد أن لا يضمن بالقبض فكذلك فاسده كمن شرط النقد في مدة الخيار فانه لا يضمن المبيع في مدة الخيار (مسألة) وأما بيع الرائعة الظاهرة الحمل فعلى ضربين أحدهما أن يتبرأ منه البائع فذلك جائز لأنه تبرأ من أمر ظاهر يطلع عليه المشتري فينتفي بذلك الغرر والضرب الثاني أن يشترطه المبتاع فان ذلك لا يجوز في حمل ظاهر ولا غير ظاهر في وخش ولا غير عند ابن القاسم وشراء الشاة أو البقرة على أنها حامل قال ابن القاسم لا يجوز ورواه عن مالك وروى ابن المواز عن مالك لا خير في بيع الرمكة بأنها عقوق وكذلك الغنم والابل إلا أن يقول هي عقوق ولا يشترط ذلك وجوزة أشهب وروى عبد الرحمن ابن دينار عن أبي حازم وابن كنانة انه جائز وجه ما روى ابن القاسم عن مالك ما احتج به من انه من باع الرمكة أو الشاة على أنها حامل فقد أخذ الجنين ثمنها وذلك لا يجوز ووجه ما قاله الباقر أن هذا من الامور المظنونة وان زادت في ثمن المبيع وذلك جائز كالثمرة التي لم تؤبر (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فانه ان وقع البيع بذلك رد الا أن يفوت بناء أو نقصان أو حوالة وان قلنا برواية الجواز فانه ان اطلع بعد وقت على أنها غير حامل فقد قال ابن أبي حازم وابن كنانة انه ان كان باعها وهو يرى انه كما قال مضي البيع وان كان قد عرف أنها ليست بعقوق فان كان ينزى عليها الفحل أو غير ذلك ردت عليه وفي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب ان باعها على أنها حامل فلم يجدها حاملا فليردها أو الجوارى فان كانت من المرتفعات فهو من المشتري ولا شيء له وان كانت وخشايز يد فيها الحمل فله ردها

(فصل) وأما ما لا يفسد البيع التبري به من العيوب في الجملة فانه على ضربين ضرب لا يختلف وضرب يختلف فأما ما يختلف كالعور من ذهاب العين وقطع اليد من الكوع فانه يبرأ منه بتسميته وأما ما لا يختلف كالأباق والسرقة والدبرة فانه لا يبرأ منها بالتسمية المحملة حتى يبين المقدار أو يريه المبتاع ان كان شاهدا لأن التسمية تقع من ذلك على القليل والكثير ولو علم المبتاع بالكثير منه لما رضيه (فرع) فان انعقد البيع على هذا فهل يفسد العقد أو يثبت روى ابن القاسم عن مالك ان العقد ثابت وللمبتاع الرد بالعيب ان اطلع منه على الفاحش وقال أشهب يفسخ البيع وجه قول ابن القاسم انه دخل على السلامة الا مما يقتضيه اطلاق اللفظ وهو المعتاد منه فاذا اطلع على الفاحش المتفاوت كان له الرد به كما أن اطلاق العقد يقتضي السلامة وان لم ينص عليها فان اطلع بعد على عيب كان له الرد ولم يمنع ذلك صحة العقد وبان لا يمنع منه ما قلناه أولى ووجه قول أشهب

انه لما كان اطلاق لفظ الابق والسرقه وما أشبههما يتفاوت ما يتناولوه ولم يختص اللفظ بالقليل منه دون الكثير عقد البيع على الفرر فوجب أن يفسد كالتبري من حمل غير ظاهر في المرتفعة وقد روى عن أشهب في الابق وداء الفرج مثل قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وان تبرأ اليه بعيوب ليست به لم تنفعه البراءة والمبتاع الردي بما طاع عليه مما سمى له ولم يره اياه قاله ابن القاسم في المدونة ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه قصد التلقيق والغر بذكره ما ليس في المبيع من العيوب والمبتاع لما ذكره ما ليس فيه من العيوب اعتقد أن جميع ما ذكره بتلك المثابة فكان بمنزلة أن يتبرأ من عيب (مسئلة) ولا تنفع البراءة من كل عيب علمه البائع وان سماه حتى يخبره انه بالمبيع رواه أشهب عن مالك قال مالك وكذلك لو أفرد له عيبا حتى يخبره انه به ووجه ذلك انه اذا كان تبرأ من عور ولم يره اياه ولم يخبره انه بالمبيع فان المبتاع لم يلتزمه وانه ظن ان ذلك تشدد في البيع واستظهار في التعرز فلم يقطع ذلك حقه من الرد بالعيب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك ان قول البائع ابتعتك هذا العبد وتبرأ اليك من عيب كذا وليس به أولا علم لي أو يقول له ان وجدت به عيب كذا فلا رد لك به فان ذلك لا يكون براءة منه لان المبتاع لم يدخل على تحقق وجوده بالمبيع (مسئلة) وهذا اذا تبرأ بالعيب في نفس العقد فان جاء متبرئا منه بعد العقد فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون من العيوب الظاهرة والثاني أن يكون من العيوب الخفية فان كان من الظاهرة لزم المبتاع الرضا بها أو الرد وان كانت مما يخفى لم يلزمه ذلك وكان له القيام به متى اطاع عليه بعد ذلك لان العقد قد انعقد على السلامة فلا يقبل تبري البائع بعده بما لا يعلم صدقه لان ذلك محمول على الندم منه (مسئلة) فان أراد البائع أن يمكن من اقامة البينة بما ادعاه من العيب ليرضى به المبتاع أو يرد كان له ذلك دون أن يغيب عليه لانه يعلم بذلك صدقه فيما ادعاه كالعيوب الظاهرة (مسئلة) واذا وضع البائع دينارا من الثمن بعد البيع ليبرأ من عيوبه فقد قال ابن المواز عن مالك في الدابة ان وجد بها عيبا كان له الرد قال أصبغ كما لو باع بالبراءة قال ابن حبيب لا يجوز ذلك في الدابة ويجوز في الجارية لان بيعك على البراءة جائز والبراءة فيها ثابتة وهذا يشبه ما أشار اليه أصبغ واحتج ابن حبيب في ذلك بأن الحاق هذا بالعقد بعد انعقاده يصح كمشتري مال العبد بعد الصفقة ومشتري كالا من صبرة قد باعها جزأ على ما كان يجوز له أن يستثنيه منها حين البيع (مسئلة) ولو كان ذلك في نفس العقد بأن يبيع منه بعشرة يضع منه دينارا لعيوبها وقال ابن حبيب من قول مالك في الدابة والجارية انه ان وجد عيبا رد المبيع كن نكح بعشرة على ان ترك له دينارا على أن لا يتزوج فالكاح جائز ولا شيء عليه وهذا الذي رواه ابن حبيب مخالف لما قاله في المسئلة قبل هذا ويجب على قوله في تلك المسئلة أن يثبت له ذلك في الجارية دون الدابة وقياسه على النكاح غير صحيح لان النكاح لو اشترط فيه ذلك بعد العقد لم يثبت الشرط ولم يلحق بالعقد

(فصل) وأما البراءة العامة فعلى ضربين أحدهما أن يشترط البراءة مما يعلم ومما لا يعلم جملة فهذا لا يجوز والثاني أن يشترط براءة عامة مما لا يعلم فهل يبرأ من كل ما لم يعلمه روى ابن القاسم عن مالك انه يبرأ من كل ما لم يعلمه قل أو كثيرا من الحمل في الرائحة قال سحنون سواء كان العيب ظاهرا كالعور أو خفيا وبهذا قال جماعة أصحابنا فيما حكى ابن حبيب الا المغيرة فانه قال ما لم يجاوز الثلث فان جاوز الثلث لم تنفعه البراءة منه وجه ما ذهب اليه الجمهور ان هذه البراءة مما لم يعلم به

البائع ولا البيع معرض له فتثبت البراءة منه كالأول كان الثلث فأقل ووجه قول المغيرة أن هذا عيب يذهب معظم ممن المبيع فوجب أن لا يتناول إطلاق البراءة كالحل في الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبراءة العامة عند جماعة أصحابنا لا شك تتناول الحل سواء كان البائع سلطاناً أو غيره قال ابن المواز وبيع الجارية الرائعة بالبراءة على الإطلاق جائز ولا يدخل الحل في البراءة ولو شرط البراءة من الحل فسد البيع وقال ابن حبيب في الجارية المسبية تقع في سهم الرجل أو يشتريها في المقاسم أن له أن يلتذ بها قبل الاستبراء بما دون الجماع لأن بيع المقاسم بيع براءة فلو ظهر بها حل لم يرد هابه وهذا يقتضي تناول البراءة العامة للحمل ووجه قول مالك رحمه الله أن البراءة العامة فيما يجوز إقراره بالبراءة دون ما لا يجوز إقراره كالاتناول ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه

(فصل) ثم رجع إلى تعيين باقي المسئلة وهو قوله فإن علم عيباً فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردوداً يريد أن البراءة المطلقة لا تؤثر فيما علمه البائع من العيوب وإنما تختص بما لا يعلمه منها فإن وقع هذا وكان البائع بالبراءة هو السلطان وقد علم بالعيب فقد روى ابن المواز عن مالك للبتاع رده وكذلك أن علم به من يبيع عليه من مفلس قديناً أن البراءة لا تثبت فيما علم من العيوب ولا تؤثر فيه وروى داود بن جعفر عن مالك إذا أشهد على الغريم أنه دلس بالعيب فإن المبتاع لا يرد بعيب وجد به إذا ثبت الثمن قد فرق على الغرماء (فرع) وبما ثبت تدليس أن علم أن المفلس علم بالعيب كان للبتاع الرد وأخذ الثمن من الغرماء لأنه قد علم أن البراءة غير لازمة لما علم البائع أو من يبيع عليه من العيب وإن لم يثبت ذلك إلا بانرار المبيع عليه فإن المبتاع لا يرجع على الغرماء بما قبضوا من الثمن لأن إقرار المبيع عليه لا يقبل عليهم في استرجاع ما بأيديهم وللبتاع أن يسكه بعينه أو يرده عليه ويتبعه بالثمن في ذمته لأن إقراره مقبول في خاصة نفسه لأنه لم يحجر عليه لحق نفسه وإنما حجر عليه لحق الغرماء (فرع) فإذا قلنا له القيام بالعيب في المدونة عن ابن نافع وابن الناسم ومالك يرجع بقيمة العيب فيأخذه من الغرماء ويرجع به الغرماء على غريمهم وروى ابن المواز عن مالك أن للبتاع رده وأخذ الثمن

﴿ العيب في الرقيق ﴾

ص مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر باع غلامه بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لي فاختمنا إلى عثمان بن عفان بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتهج العبد فصاح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخسمائة درهم ﴿ ش قضاء عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر رضي الله عنه بأن يمين أنه ما كتم عيباً علمه تجوز منه لبيع الإنسان عبده بالبراءة وأعمال منه بالبراءة فيما لم يعلم البائع من العيوب دون ما علم وأبقى للبتاع حكم الرد بالعيب فيما علم به البائع وكهه وإن كان عثمان بن عفان رضي الله عنه لا يشك في فضل عبد الله بن عمر وأنه لا يرضى بكتمان عيبه والتدليس به إلا أن الأحكام في الحقوق والمعاملات جارية على حد واحد في الصالح والطالح وإنما يختلف حالهما في الأحكام التي تتعلق بالنهمة وظاهرها سالم ويحتمل أن يكون عبد الله بن عمر اعتقد أن البراءة المطلقة تبرئه فيما علم من العيوب وما لم يعلم فلم يسوغه ذلك عثمان رضي الله عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبتاع بالبراءة على ضربين أحدهما أن يبيع بالبراءة على الإطلاق

﴿ العيب في الرقيق ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
سالم بن عبد الله أن عبد الله
ابن عمر باع غلامه بثمانمائة
درهم وباعه بالبراءة فقال
الذي ابتاعه لعبد الله بن
عمر بالغلام داء لم تسمه لي
فاختمنا إلى عثمان بن عفان
بالبراءة فقضى عثمان بن
عفان على عبد الله بن عمر
أن يحلف له لقد باعه العبد
وما به داء يعلمه فأبى عبد
الله أن يحلف وارتهج العبد
فصاح عنده فباعه عبد الله
بعد ذلك بألف وخسمائة
درهم

فهذا متى اطلع المبتاع على عيب في المبيع وادعى علم البائع لزمته اليمين ان علم بالعيب الذي اطلع عليه المبتاع لا خلاف في هذا على المذهب وان لم يدع علم البائع به وسكت عن ذلك أو قال لا علم لي به علم أولم يعلم فان الظاهر أيضا من المذهب لزوم اليمين للبائع للحكم ببراءته من ذلك العيب وهذا الظاهر من حديث عثمان لان المبتاع لم يدع العلم وانما قال به داء لم تسمه لي فأوجب عثمان بن عفان لذلك اليمين دون أن ينقل اليها في الحديث سؤاله هل يدعي العلم أم لا ويجبيء على رواية عن ابن القاسم في رد اليمين أن لا يمين للمبتاع على البائع الا بعد أن يدعي علمه بالعيب (مسئلة) روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدنية يحلف على علمه في العيب الظاهر والباطن الا أن يستدل بأمر لا يشك في كذبه فانه يرد عليه بقول البيهنة وقال ابن نافع يحلف على علمه لانه لو شهد بأن العيب كان عند البائع لم يرد عليه حتى يشهد عليه بأنه علم به (مسئلة) ويحلف على ذلك من الورثة من يظن به علم ذلك من صغار الورثة ثم يكبر في الظاهر والخفي رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ قال أصبغ وهو مذهب مالك وظاهر اللفظ يقتضي عندي انه كان صغيرا يعلم ذلك عند التبايع فلم يحكم في الامر ولا وقع التنازع فيه حتى كبر والذي تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك في الايمان التي تنعقد على العلم أنها لا تلزم الصغير ولا الغائب ولعله أراد بالصغير من لا يفهم الامر عند وقوعه لصغره وبلغني أن أبا عبد الله بن عوف كان يوجب الايمان عليهما ويقول لعله قد بلغهما ذلك بخبر من أخبرهما حتى يتيقنا كما يحلفان مع شاهد هما على ماوجب لموروثهما من الحقوق (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين ردت عن المبيع على المبتاع ولم يلزم المبتاع يمين قاله مالك وجاعة أصحابه وروى يحيى عن ابن القاسم تلزمه اليمين ووجه قول مالك ان المبتاع لم يدع أمرا يرد عليه فيه اليمين وانما قام بعيب موجود لم يبرأ اليه منه والذي يبرأ البائع من ذلك العيب اليمين المذكورة فاذا نكل عنها لم يكن له ردها ووجه رواية يحيى أن اليمين في الرد بالعيوب اذا ثبت لها محل فحكمها أن تنقل الى محل آخر كسائر الايمان المتعلقة بها (مسئلة) وهذا فيما يتيقن من العيوب انه أقدم من زمن التبايع ورواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وروى يحيى عن ابن القاسم يحلف البائع على علمه كما يحلف فيما يتيقن قدمه وجه الرواية الاولى أنه انما يستحلف على علمه في حين التبايع فانه لا يصح أن يستحلف على تعلق علمه به ووجه الرواية الثانية ان نفي تعلق علمه بالعيب هو المقصود من يمينه فان كان موجودا حين التبايع فهو اليمين المتفق على اثباتها وان كان حدث بعد ذلك فغير مؤثر في يمينه انه لم يعلم به

(فصل) وأما الضرب الثاني من البيع بالبراءة فان يشترط أن لا يمين عليه فهذا روى أشهب عن مالك انه لا يمين عليه ان وجد المبتاع عيبا وهذا عندي مبنى على جواز اشتراط التصديق في القضاء وغيره فمن جواز اشتراط التصديق دون يمين قضى ههنا بان لا يمين على البائع ومن لم يجوز اشتراط التصديق فاليمين لازمة له على كل حال

(فصل) وقوله فأبى عبد الله أن يحلف وار تجع العبد لم يكن أباه عن اليمين لانه رضى الله عنه كان دلس بعيبه وعلمه وفهمه يقتضي معرفته بأن لا اثم في يمين بارة ولكنه لا يخلو من أحد أمرين اما أنه اعتقد أن البيع بالبراءة يبرئه مما علم وما لم يعلم والثاني التصاون عن اقتطاع الحقوق بالايمان وهكذا يجب أن يكون حكم ذوى الانساب والاقدار ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله الفوت حتى لا يستطاع رده فقامت البيهنة انه قد

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله الفوت حتى لا يستطاع رده فقالت البيهنة انه قد

كان به عيب عند الذي باعه أو علم ذلك باعتراف من البائع أو غيره فإن العبد أو الوليدة يقوم وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فرد من الثمن قدر ما بين قيمته صحيحا وقيمته وبه ذلك العيب * ش وهذا كما قال ان هذا مما أجمع عليه علماء المدينة وجميع علماء الأمصار ان من ابتاع شيئا فاطلع على عيب يمكن التدليس به فإن له الرجوع بقيمة العيب على تفسير يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وذلك ان العيوب على ضربين ضرب يمكن البائع معرفته والثاني لا يمكن معرفته فأما ما يمكن البائع معرفته فإنه يحكم على البائع فيه بحكم تدليسه به في الرد بالعيب ولا يفسد تدليسه به العيب خلافا لمن قال بذلك والدليل على ذلك حديث المصراة الذي يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى من الاصل وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضىها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر فثبت له امساكها ان رضىها وهذا يدل على صحة العقد ولو كان العقد فاسدا لم يكن له امساكها ومن جهة المعنى ان نقص المبيع عما عقد عليه لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى رزمة على ان فيها عشرة أثواب فالفاهاتسعة أو اشترى صبرة على ان فيها عشرة أرادب فالفاهاتسعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبتاع اذا اطلع على عيب لا يخلو من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون المبيع بحسبه لم تدخله زيادة ولا نقصان والثاني أن يدخله ذلك ولم تفت عينه والثالث أن تفت عينه فأما الحال الأولى فالمبتاع بالخيار بين أن يرد المبيع ويرجع بجميع الثمن أو يمسكه معيبا ولا شيء له من الثمن والاصل في ذلك حديث المصراة وهو قوله صلى الله عليه وسلم بخير النظرين ان رضىها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر (مسئلة) واذا ابتاع رجلا ن عبد في صفقة واحدة فاطلعا على عيب ثبت لهما خيار الرد بالعيب فان أراد أحدهما الرد وأبى منه الثاني فعن مالك في ذلك روايتان أحدهما له ذلك وهي رواية ابن القاسم وبها قال الشافعي وروى عنه أشهب ليس له ذلك وبه قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة يشتمل على ثلاثة فصول أحدها أن يبيع الواحد من اثنين بمنزلة عقدين على رواية ابن القاسم وبمنزلة عقد واحد على رواية أشهب والفصل الثاني ان البائع اذا أوجب لهما فان لاحدهما القبول دون الثاني على رواية ابن القاسم وليس له ذلك على رواية أشهب والفصل الثالث تعيين المسئلة فوجه رواية ابن القاسم ان هذا عقد في أحد طرفيه عاقدان فكان بمنزلة العقدين أصله اذا باع اثنان من واحد ووجه الرواية الثانية ان البيع انما وجب في جميع العقد فلا يجوز لمن ابتاع منه أن يقبل بعضه كالواجب فيه لو احدث لم يكن له أن يقبل بعضه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فلا تفريع فيه واذا قلنا برواية أشهب فان أراد أحدهما الرد وأراد الآخر الامساك فان رضى البائع بذلك فلا مصرية ان لمن لم يرد الرد التمسك بحقه ويكون البائع شريكه فيما رده عليه المشتري الآخر وليس للتمسك أن يأخذ بعيب الراد لان الراد ملكه فلهما رده على البائع انتقض البيع فيه فيرجع على ملك البائع وليس للتمسك طريق الى ملكه فلا حجة له فيه وان أبى البائع من تبعض صفقته فقال أشهب القياس في مسئلة ورثة المشتري الخيار بين أن يردا جميعا أو يمسك جميعا واستحسن لمن أراد التمسك وأراد أن يأخذ نصيب الراد أن يكون ذلك له وقال ابن المواز لا كلام للبائع اذا لم يرد أخذ نصيب الراد دون التمسك وللمتمسك أخذ نصيب الراد وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب انه اذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد وكان له الرجوع بقيمة العيب وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب اذا رد أحد المتبايعين أن يقال للبائع اما أن تجزله رد نصيبه واما أن ترد عليه ما يصيبه من قيمة العيب مثل ما حكى ابن القاسم عن مالك في الذي يشتري عبدا فيبيع

كان به عيب عند الذي
باعه أو علم ذلك باعتراف
من البائع أو غيره فان
العبد أو الوليدة يقوم
وبه العيب الذي كان به
يوم اشتراه فيرد من الثمن
قدر ما بين قيمته صحيحا
وقيمته وبه ذلك العيب

نصفه ثم يطلع على عيب فبريد الرد فانه يقال للبائع اما ان تجيز رد النصف الباقي بيده أو ترد عليه نصف قيمة العيب وهذا مقتضى القياس على قول أشهب ويحتمل سندی أن يكون هذا معنى قوله اما أن يردا جميعا أو يمسك جميعا ولم يبين حكم ذلك القياس اذ ارد أحدهما وأمسك الثاني وقال ابن وهب ان أراد أحدهما الرد وأباه الثاني تقاوماه لان البائع لا يقبله الا كله وفي هذا الضرب من العيوب أربعة أبواب: الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب * والباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتميزها من غيرها * والباب الثالث في بيان ما يحدث بالمبيع مما يثبت للمبتاع به الخيار في الرد بالعيب والتمسك بالمبيع أو الرجوع بقيمة العيب * والباب الرابع في بيان المعاني التي يفوت بها الرد بالعيب جملة

(الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب)

العقود على ثلاثة أضرب عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب والضرب الثاني عقد مختص بالكرامة ونفي العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة فهذا لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب والضرب الثالث عقود ظاهرها المكرامة ولهاتعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب فهذه حكى القاضي أبو اسحاق عن عبد الملك الموهوب له لا يرد بعيب وعن المغيرة مثل ذلك ولا في العيب المفسد ووجه ذلك ان هذه عقود جرت العادة بأن يكون العوض فيها أكثر من قيمة الموهوب وهذا ينافي الرد بالعيب لمدة لان مقتضى ذلك المسامحة والمكايسة

(الباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتميزها من غيرها)

العيوب التي يثبت بها الخيار في الرد بالعيب جملة وذلك ان خيار الرد بالعيب على ضربين أحدهما أن يثبت بغير شرط والثاني لا يثبت الا بشرط فأما ما يثبت بغير شرط فهو لكل عيب في المبيع ينقص ثمنه وهو على قسمين قسم هو نقص في عين المبيع والقسم الثاني نقص في غير عينه لكنه ينقص ثمنه فأما ما ينقص في عينه كالعمى والعمى وقطع يد أو رجل أو أصبع ووجود الظفرة في العين أو البياض والصمم والخرس والبكم الا في الصغير الذي لا يتبين أمره والعسر في العبد بان لا يعمل بيمينه والبخر في الفم في الذكر والانثى (مسئلة) وأما الأضرار فان نقص الضرر الواحد عيب في الرائحة حيث كان وليس بعيب في غير الرائحة الا أن يكون في مقدم الثمن أو ينقص ضررسان حيث كانا فانه عيب في الذكر والانثى ووجه ذلك ان الضرر الواحد لا يؤثر كبير نقص من جهة الخلقة الا أنه ينقص من ثمن الرائحة لانه يتبقى منه تغير الرائحة حيث كان في أكثر الاوقات واذا كان في مقدم الفم فانه يقبح منظره فاستوى في ذلك الرائحة وغيرها والضررسان مؤثران ومانعان من قوة الأكل وعجلته لأسبابها يحتاج الى شدة مضغ وهذه المعاني والاسباب انما تعتبر بنقص الثمن فيما ينقص هو عيب الرد وما لا ينقص الثمن فلا حكم فيه للرد (مسئلة) وأما الثيب ففي كتاب ابن المواز تردبه الرائحة ولا يرد به غيرها قال ابن المواز وهذا في الشابة وقال ابن حبيب عن مالك لا ترد الرائحة الا بكثيره ويحتمل أن يكون الروايتان قولاً واحداً لان السير من الشيب ليس بعيب لانه كثير شائع كالخال يكون والشعرة والشعرتان تبدو مما لا يسمج ولا يرى الا مع فرط التأمل والتفتيش وأما الكثير فانه مؤثر في الجمال فاخص بالرائحة دون غيرها (مسئلة) وأما الاستحاضة فعيب في على الرقيق ووخشه وقال ابن حبيب ان كانت الاستحاضة تعثر بها المرة بعد المرة فعلى البائع أن يبين والا فهو عيب تردبه ووجه الفرق بينهما أن دم الاستحاضة مما يكره وتلحق المشقة في التوفى منه وليس

في ارتفاع الخيض شيء من ذلك والذي يقتضيه مذهب المدونة ان ذلك سواء (فرع) فان استحيضت الأمة لم يكن ذلك عيبا ترد به حتى يثبت انه كان عند البائع وانه ان لم يظهر الا في الدم الذي وقع به الاستبراء فقد قال ابن المواز لا ترد به لان بالخيض قبل زمت المبتاع فما خلت بعد ذلك من استعاضة أو غيرها الزمة وهذه الاستعاضة التي تكون عيبا قال ابن المواز عن مالك شهران وهذا في الجملة على قدر ما ينقص ثمنها (مسألة) وأما ارتفاع الخيض فالمشهور من ذلك انه اذا أتى من ذلك ما فيه على المبتاع ضرر فانه يرد به ولا خلاف في ذلك في المذهب الا ما قاله ابن حبيب قبل هذا ان ارتفاع الخيض المرة بعد المرة لا يلزم البائع التبري منه وليس للمبتاع الرد به ويحتمل أن يكون ما ذهب اليه ابن القاسم في المدونة في تأخره في مدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر وما قاله ابن حبيب في التي لم يأت منه في مدة الاستبراء ما خالف المعهود وانما اطلع على أنه قد كان يتأخر عنها المرة بعد المرة والله أعلم وأحكم (مسألة) والحل عيب في المرتفعة ولا خلاف في ذلك وأما الوخش فروى ابن القاسم عن مالك انه عيب وقال ابن كنانة ليس بعيب فيهن ورواه أشهب عن مالك وجه القول الأول انه عيب ينقص من الثمن فثبت به حكم الرد بالعيب كسائر العيوب ووجه القول الثاني انه عيب لا يؤثر في الوخش وقد قال مالك في الحل في الوخش لا يؤثر كبير تأثير ورواه مالك فيمكن نقصا فيهن ولذلك يجوز بيعه بالبراءة من الحل وأصل المسئلة تدور على هذا فان نقص من الثمن رد به والا فلا ووجه آخر وهو أنه لو ابتاعها في جملة رقيق لم يرد بها بعيب الحل رواه ابن القاسم عن مالك في العتية (فرع) فاذا قلنا انه يرد بالحل فكيف يكون وجه الرد به في المبسوط ان ظهر بها حل وجاء ستة أشهر من يوم قبضها المشتري لم يرد الباي وان ولدته قبل ستة أشهر كان له الرد وجه ذلك أنها اذا ولدت لسته أشهر من يوم البيع جاز أن يكون حدث عند المبتاع فصار له حكم ما يقدم ويحدث من العيوب فان ولدته لافل من ستة أشهر على انه عيب قديم أقدم من أمد التبايع يثبت الرد به

(فصل) وأما الزعر فانه عيب يرد به قال ابن المواز وان كان في غير العانة واختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال سحنون لانه يذهب ببلدة الوطء وهذا يقتضي اختصاصه بالفرج وقال ابن حبيب لا تتق عاقبته من الداء السوء يعني الجذام (مسألة) وان كان في آباء الرقيق المبيع مجذوم أو مجذومة فهو عيب يرد به وخشا كما أورثنا رواه ابن حبيب عن مالك وذلك انه يتق سرايته الى الولد وأما ان كان أحدا جداد الأمة أسود فقد روي أشهب لارده وان كانت ذات عيب وفي الواخنة عن مالك انه عيب في الرائحة قال لما يتق أن يخرج ولده منها أسود (مسألة) وأما عيوب الدواب الذي يزهدها وينقص من أثمانها فان كان خلقه كالعور والجرد أو حادثا كازمض والدبر وما كان مثل ذلك من العيوب فانه يرد به وكذلك سائر المبيعات غير الرباع فان ما وجد فيها من عيب ينقص ثمنها فانه يثبت به خيار الرد بالعيب (مسألة) وأما الدار فان وجد بها صدعا قال ابن القاسم أما ما يخاف منه سقوط الدار فيرد به والا فلا قال الشيخ أبو محمد العيوب في الرباع ثلاثة أضرب أحدها أن تستغرق معظم الثمن فهذا يرد به ويرجع بالثمن والثاني أن لا ينقص من الثمن فهذا لا يرد به ولا يرجع بقيمة العيب فيه والضرب الثالث أن ينقص من الثمن ولا ينقص معظمه فهذا يرجع بقيمة العيب ولا ترد به الدار ورأيت لبعض أصحابنا الأندلسيين أنه ترد به واختلف القائلون بقول أبي محمد في تعليل ذلك فقال أبو محمد ان الدار تخالف سائر المبيعات بدليل أنه اذا استحق منها اليسير لم يلزم الباقي بالثمن ولو استحق من العبد اليسير لم يلزم الباقي بالثمن ووجه ثان انه لو أطلق أحد العقدين واستحق

أحد جدرانها الأربع لم يرجع المبتاع في شيء من الثمن وقال غيره العلة في ذلك أنها لا تتخذ غالبا إلا للثمن فيثبت فيه خيار الرد بالعيب ما لم يفت كالحيوان

(فصل) وأما ما ينقص ثمن المبيع ولا ينقص جسده كالإباق والسرقة وشرب الخمر أو الخذف فيه في الرقيق والزنى في الأمة والحران في الفرس أو النفر المفرط في الدواب أو قلة الأكل المفرط فيها فإن ذلك عيب يرد به المبيع فأما الزنى في العبد فعند مالك أنه عيب يرد به وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرد به والدليل على ما نقوله أنه زنى وجد في مملوك فكان لمن ابتاعه أن يردّه كما لو كان جارية (مسألة) وأما البول في الفراش في حال الكبر فعيب يرد به العبد والأمة راثنين كانا أو غير راثنين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرد به العبد وترد به الأمة والدليل على ذلك ما تقدم ذكره (فرع) ولا ترد البول في الفراش الابينة تشهد أنها كانت تبول عند البائع ولا يحلف البائع على نفي ذلك إلا بشبهة مثل أن توضع على يد امرأة ورجل له امرأة تنظر إليها فتخبر بذلك المرأة أو الرجل فيجب اليمين على البائع وإن أتى المبتاع بمن تنظر إلى مرقد هابا لغدوات مبلولا فلا بد من رجلين لأن هذا من معنى الشهادة ثم يحلف البائع قال ذلك كله ابن حبيب (مسألة) التأنيث في العبد والترجل في الأمة عيب قال ابن حبيب عن مالك معنى ذلك أن يكون العبد متحنثا أو تكون الأمة مترجلة كشرار النساء فأما ترصيع كلام الرجل وتذكير كلام المرأة فلا يردان به وفي المدونة يرد العبدان كان مؤنثا والأمة أن كانت مذكرة واشتراه بذلك قال الشيخ أبو محمد في قول ابن حبيب هذا خلاف ما في المدونة وقال بعض المقلين ليس ذلك بخلاف له (مسألة) والدين على الأمة والعبد عيب وكذلك الزوج للامة وقال الشافعي لا يرد به ودليلنا أن هذا معنى يمنع الاستمتاع بالامة فيثبت به خيار الرد بالعيب كداء الفرج والزوجة في العبد عيب لأن هذا يبطل على سيده منه حكما مقصودا وهو أن يزوجه من أمته وكذلك الولد الصغير والكبير وكذلك الأب والأم لأن كل واحد من هؤلاء يميل إليهم العبد والأمة ويصرف إليهم فضل كسبه وبعض قوته فيضر ذلك بغلته وقوته وأما الأخ والأخت وسائر الأقارب من الأعمام والعلمات والأخوال والخالات فلا يثبت بهم رد بعيب لأن أمرهم أبعد والضرر بهم أقل (مسألة) وأما عثار الدابة في المدينة من رواية عبد الرحمن ابن دينار عن ابن كنانة أن علم أن ذلك كان عند بائعها بشهادة أو إقرار ردت عليه وإن لم يعلم ذلك وكان عثارها قريبا من بيعها حلف البائع أنه ما علم بذلك وإن ظهر ذلك بها بعد زمان طويل ومدة يحدث العثار في مثلها فلا يمين عليه (فرع) وهذه العيوب كلها إنما يرد بها إذا ثبت أنها كانت في ملك البائع فإن لم يثبت ذلك ودعا المبتاع إلى يمين البائع وإن ذلك لم يكن عنده روى ابن القاسم عن مالك في المدونة في مسألة الإباق لا يمين عليه ورواه أشهب عن مالك في مسألة الزنى والسرقة وروى ابن المواز عن ابن القاسم في السرقة والزنى يحلف البائع على ذلك وجه نفي اليمين ما احتج به ابن القاسم من أن المبتاع إذا أبيع له ذلك استحلف البائع كل يوم مائة مرة ووجه إثبات اليمين أنه عيب ثابت يشك في قدمه وحدوثه فلزم البائع اليمين ليبرأ به منه كعيب وجد في جسده والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ما يثبت بالشرط فهو على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط المبتاع نطقا والثاني أن يصيب البائع به المبيع والثالث أن يكون ذلك عادة المبيع وعرفه فأما ما شرطه نطقا فإنه إن اشترط الأعلى من جهته اليمين فوجد خلافه كان له الرد وإن اشترط الأدنى لم يكن له الرد إلا أن يكون له

غرض يعرف وذلك مثل أن يكون عنده عبد نصراني فيشترى أمته على أنها نصرانية أو تكون عليه
يمين أن لا يملك مسلمة وقال الشافعي له الرد بكل وجه وقال أبو حنيفة لا رد له في شيء من ذلك ودليلنا
على الشافعي أنه صار إليه المبيع على شرط وزيادة فلم يكن له الرد بالعيب أصل ذلك إذا شرط أنه أعور
فاذا هو بصير بعينه ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا خرج له المبيع على غير المله التي شرط وله في
ذلك غرض صحيح فثبت له الخيار كما لو شرط أنه مسلم فخرج كافرا (مسئلة) ومن اشترى عبدا على
أنه أعجمي فالغناه فصيحاً وعلى أنه مجلوب فالغناه مولداً ففي الواضحة عن أصبغ له الرد به زيادة كان أو
وضيعة لا الناس في المجلوب أرغب ومن هذا الباب ما روى على بن دينار عن ابن القاسم في الرقيق
يجلب من طرابلس فيدخل المصري رأسا ينهم ما فيباع على ذلك قال أرى للبتاع رده وكذلك الدواب
والخير وكذلك قال مالك فيمن خلط سلعته بركة ميت ولم يبين أن للبتاع الرد

(فصل) وأما ما يصف به البائع المبيع أو يصف الرقيق به نفسه مثل أن يقول هي بكر أو هي طباحة
ثم لم توجد على ذلك فأنها رد به ووجه ذلك أن المبتاع دخل على ما وصفت به فكان ذلك بمنزلة الشرط
(فصل) وأما ما كان له عرف وعادة فوجده على خلاف ذلك مثل أن يشتري ناقة يعمل على مثلها
فلما جاء أن يعمل عليها لم تنهض فقدرى ابن المواز عن مالك له الرد ووجه ذلك أن المشتري لم يدخل
في هذا الاعلى العرف والعادة من مثلها فإذا كان مثلها يحمل ولم يكن عذراً مانعاً من عجز أو مرض
فقد خالفت المعهود من مثلها وكان ذلك بمنزلة أن ينقص عضو من أعضائها (مسئلة) ومن اشترى
قلانس فوجد حشوها صوفاً أو كانت من خرق بالية قال أشهب عن مالك لا ترد لها في الأغلب
لأن صنع الامن ذلك زاد ابن المواز أن كان حشوها صوفاً بالرفيعة ترد ولا ترد الدنية وأصل ذلك كله
العرف والعادة أن ما جرت العادة فيه بامر فوجد أقل منه كان له الرد به وما وجد على ذلك فعليه دخل
فلارده قال أصبغ فيمن اشترى قميصاً فوجد سابقه أدنى رقعة من بدنه أو كيه وكذلك معقد
السراويل أن كان متقارباً فله الرد وإن كان غير ذلك لم يرد

(باب)

وأما ما يحدث بالمبيع مما يثبت به الخيار للبتاع في الرد بالعيب أو الرجوع بقيمة فسيأتي ذكره بعد
هذا إن شاء الله تعالى

(باب)

وأما ما يثبت الرد بالعيب فعلى ثلاثة أضرب أحدها أن يفوت المبيع من ملك البائع والثاني أن
يكون بائناً في ملكه ولكن تغير تغيراً أحله من جنسه والثالث أن يعتد فيه عقد يمنع من رده فأما
الضرب الأول فعلى قسمين أحدهما أن يخرج عن ملكه بغير عوض مثل أن يموت أو يعتقه أو
يتصدق به فمعد هذا كله قد فأت الرد بالعيب لنفوات العين وخروجها عن ملكه وله الرجوع بقيمة
العيب لأن البائع قد أخذ من مال المبتاع ما يقابل العيب من الثمن بغير ثمن فكل له الرجوع به
(مسئلة) فإن خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالبيع أو الهبة للثواب فلا يجزى أن
يبيعه من بائعه منه أو غيره فإن باعه من بائعه منه بثمن فلا تراجع بينهما في تدليس ولا غيره وإن كان
بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة الثمن إلا بالأقل من البقية أو قيمة العيب وجه ذلك ما احتج به في المدونة
أنه لو كان عنده لرد عليه ورجع بجميع ذلك وقدره إليه فكان له استيفاء جميع الثمن وإن كان باعه
منه بأكثر من الثمن الأول فإن كان مدلساً فلا رجوع للبائع الأول على الثاني وإن لم يكن مدلساً رده

البائع الأول على الثاني ثم رده عليه الثاني فيكون التراجع بينهما في الثمن (مسئلة) فان خرج عن ملكه الى غير البائع منه فاختلف أصحابنا في ذلك فقال ابن القاسم ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة العيب وبه قال الشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب واختاره القاضي أبو محمد وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن وحكموا ذلك عن مالك وجه ما قاله ابن القاسم ما احتج به أن المبتاع اذا باع وقد علم بالعيب فقد رضي به وان لم يعلم به فلم ينقصه من الثمن ومعنى ذلك انه انتقل الى ملك بعوض صار الى البائع عن جميعها ولذلك اذا رجع المبتاع عليه بقيمة العيب كان له الرجوع على البائع منه لانه لم يبق عنده ثمن جميع ما صار اليه بالابتاع وبهذا فارق العتق والهبة فانه لم يصل اليه عوض عن جميع ما ابتاع فكان له الرجوع بقدر الجزء الذي لم يصل اليه من المبيع ووجه القول الثاني ان البيع اخراج للمبيع عن الملك فكان فوتا لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعتق والهبة ووجه القول الثالث ان الذي كان يثبت للبتاع لو كان بيده الرد بالعيب والرجوع بجميع الثمن فاأخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك فان كان فيه نقص كان عليه جبره الا أن يكون أكثر من قيمة العيب فليس له الا قدر العيب (مسئلة) فان تغير وهو باق على ملكه تغير اينقله عن جنسه فهل يكون فوتا يمنع الرد بالعيب أم لا عن مالك في ذلك روايتان قالهما في الصغير يكبر والكبير يهرم أحد هما انه فوت وليس له الا الرجوع بقيمة العيب على ما أحب البائع أو كره واختارها ابن القاسم في هرم الكبير والثانية ليس ذلك بفوت وله الرد وجه الرواية الاولى ان ما كان مخرجا للشيء عن جنسه حتى يجوز سله فيه فانه يفيت الرد بالعيب في الامثال له لتصير الثوب خرقا والجلود خفافا ووجه الرواية الثانية ان العين باقية في ملك المبتاع فلم يفتردها بالعيب كما لو فقأ عينها أو قطع يدها (فرع) فاذا قلنا ان ذلك فوت فيجب أن يراعى في الصغير والكبير ما يراعى فيهما من جواز تسليم صغير الجنس في كبيره لانه مبني عليه وأما في الكبير يهرم فحكى الشيخ أبو بكر عن مالك ان ذلك اذا ضعف فذهبت قوته ومنفعته أو أكثرهما قال القاضي أبو محمد اذا هرم هرمالا منفعته فيه انه فوت للرد بالعيب والصحيح عندي من ذلك انه اذا ضعف عن منفعة المقصودة ولم يمكنه الاتيان بها ان ذلك فوت للرد بالعيب ويرجع بقيمة العيب (فرع) فان قلنا بارواية الثانية على ما اختاره الشيخ أبو محمد فانه يثبت له الخيار بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرده فاما في الكبير يهرم فيرد معه ما نقصه الهرم لانه قد حدث عنده نقص غير مفيت وأما في الصغير يكبر فانه يرده ولا شيء له من الزيادة لا يشاركه بها في عينه ولا يأخذ قيمته منه لانه نماء من جنس المبيع فلم يكن للبتاع أن يشارك به البائع كالسمن (مسئلة) فاذا عقد فيه عقد يمنع رده فانه على ضربين أحدهما لا يتعقبه الرجوع الى ملك البائع كالكسابة والاستيلاد والعتق الى أجل والتدبير فهذا له الرجوع بقيمة العيب لانه فوت على حسب ما تقدم والضرب الثاني يتعقبه الرجوع الى ملك البائع كالرهن والاجارة والاختدام فهذا يختلف أصحابنا فيه فروى سحنون عن ابن القاسم انه اذا رجع الى المبتاع رده على البائع وقال أشهب ان كان أمر ذلك يسيرا رده على البائع وان كان بعيدا رجع بقيمة العيب وروى نحوه أصبغ عن ابن القاسم وجه رواية سحنون ان هذه مدة يتعقبها رجوع العبد الى البائع فلم يمنع الرد بالعيب كالسيرة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى منع المبتاع من رد المبيع بالعيب فكان فوتا في رده كالبيع (مسئلة) ولا يكون وطء الأمة فوتا في ثيب ولا بكر هذا المشهور من المذهب وروى عنه ابن حبيب انه فوت فيهما وبه قال أبو حنيفة ووجه

القول الاول ان هذا استمتاع فلم يمنع الرد بالعيب كالقبول والملازمة ووجه القول الثاني اجماع الصحابة عند القائل بذلك قال لان الصحابة بين قائلين قائل يقول يردوها ويرد معها مهر المثل وبه قال عمر بن الخطاب وقائل يقول لا يردوها ويرجع بقيمة العيب وبه قال علي بن أبي طالب فمن أحدث قولاً ثالثاً وقال يردوها دون مهر خالف اجماع الصحابة ومن جهة المعنى ان الوطء معنى لا يستباح بالبدل فوجب أن يمنع الرد بالعيب كقطع اليد (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فان البكر والثيب في ذلك سواء وقال الشافعي ان وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب والدليل على ما نقوله ان هذا وطء فلم يمنع الرد بالعيب كوطء الثيب (مسألة) اذا ثبت ما ذكرناه فما وجد به العيب لا يتخلو أن يكون مما له مثل أو مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له فحدث به عند المتاع معنى نفيت ثم اطلع على عيب عند البائع فقد قال ابن القاسم في مسألة الدينار يقطعه ثم يجده عيباً يرد مثله ويرجع بثمنه وقاله سحنون فممن اشترى شعيراً فبعد ان زرعه علم انه لا ينبت انه يرد مثله ويرجع بالثمن فجعله مثل ما لا يفوت وقال ابن حبيب يرجع بقيمة العيب وجه قول ابن القاسم ان الفوات في البيع الفاسد أثبت لانه لا يفوت بمحوالة الأسواق ثم ثبت وتقرر ان ماله مثل لا يفوت فيه فبان لا يفوت في الرد أولى وأحرى ووجه قول ابن حبيب ان البيع انما يتعلق بعين المبيع والبيع الاول صحيح واذا انقض البيع برد المبيع للعيب فانه ينقض الاول فاذا فاق المبيع لم يصح نقض البيع بغيره

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله وقامت البينة انه قد كان فيه عيب عند الذي باعه أو علم ذلك باعترافيه أو غيره يريد ان قدم العيب يثبت بيئته شاهدته عند البائع معيباً وقوله أو غيره يحتمل أن يريد بشهادة أهل البصر والعلم بذلك انه عيب لا يحدث في مثل هذه المدة ولا يتخلو أن يكون العيب مما يطلع عليه الرجال أو مما لا يطلع عليه الرجال فان كان مما يطلع عليه الرجال فقد قال محمد وغيره لا يثبت الا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعيوبها (مسألة) وهذا اذا كان مما يستوى الناس في معرفته فان كان مما لا يعلمه الا أهل العلم به كالامراض والعلل التي تحدث بالناس مما لا يعرفها ويعرف أحوالها وقدر الغور فيها والاستضرار بها وتميز ما جرت العادة بسرعة البرء منها وما جرت العادة بتقرر ذلك أو غيره فيها مما ينفر دال الأطباء بمعرفته فانه لا يقبل فيها الا أقوال أهل المعرفة بذلك فان كانوا من أهل العدل فهو أتم وان لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل في ذلك قول غيرهم وان كانوا على غير الاسلام لان طريق هذا الخبر لما ينفر دون بعلمه

(فصل) وان كان مما لا يطلع عليه الرجال كالعيوب تكون في جسد المرأة أو أحد فرجها فان كان في جسد لها فقد اختلف فيه فالظاهر من قول مالك ان ماتحت الثياب من العيوب يقبل فيه شهادة امرأتين وقال سحنون ما كان في الجسد بقرعنه فنظر اليه الرجال وما كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء وجه القول الاول انه موضع منع الرجال من النظر اليه فجاز أن تقبل فيه شهادة النساء كالفرجين ووجه قول سحنون ان الجسد وان كان عورة فهي عورة مخففة فجاز أن ينظر اليها الرجال للضرورة كما ينظرون الى وجهها للضرورة ولما منع الرجال من النظر الى ما صحت من جسد لها بقر الثوب ليتوصل بذلك الى موضع الحاجة ويبقى الباقي على حكم المنع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انه ان أمكن ستر ما حواه له واظهار موضع العيب خاصة استغنى عن بقر الثوب وافساده (فرع) فاذا كان العيب الذي يشهده النساء مما يستوى النساء في تمييزه قبل فيه شهادة امرأتين من عدول النساء دون يمين لانها شهادة كاملة وان كانت من

العيوب التي ينفر دمعرفتها وميزها أهل العلم شهدت امرأتان بصفقتها وسئل أهل العلم بذلك عن حكمها فيثبت الحكم بقولهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ثبت العيب بشهادة من تقبل شهادته فلا يخلو أن يكون مما يحدث عند المبتاع لعدم أمر التبايع ونفيهم حدوث العيب فلا رجوع للمبتاع بشئ منه الا ما قدمناه في العهدة على ما تقدم من التأويل وان شكوا في ذلك فلا يخلو أن يكون من العيوب الظاهرة أو الخفية فان كان من الظاهرة فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على البت ان هذا العيب لم يكن عنده ويحلف في العيب الخفي على علمه وقال ابن نافع في المدنية يحلف بالبت ولم يفرق بين ظاهر وخفي واحتج لذلك بان المشتري لو شهد له بأنه كان عند البائع لكان له الرد به وان لم يعلم البائع به فيجب أن لا يبرئه أن يحلف على أن ما رده عليه مما لم يعلم به وهذا غير لازم لانه انما يرد عليه اذا ثبت انه كان عنده واذا لم يثبت ذلك ولم يحلف على البت في نفيه أنه غير عالم بقدمه ولا حدوثه لم يلزم رده عليه لانه ليس فيما تقدم ما يوجب الرد فلا يلزمه أن يحلف في نفسه على البت وقال أشهب لا يحلف في الظاهر والباطن الا على علمه ووجه قول أشهب ما احتج به من انه ان كان علم به فهو حائث وان كان لم يعلم به لم يلزمه في الرد حتى يثبت قدمه فلا يجب عليه أن يحلف الا على علمه (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم في العيوب الظاهرة وسأل ابن حبيب سحنونا عن الحفر في الفم والأضرار الساقطة والعيب في الفرع وجرى الجوف على هذا من العيوب الظاهرة التي يحلف فيها على العلم قال سئل عن ذلك أهل الصنعة والمعرفة (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين وكان من العيوب الظاهرة أو الخفية فقد روى عيسى عن ابن القاسم يحلف المبتاع في الوجهين على العلم انه ما حدث ذلك عنده ويكون له الرد هذا الذي ثبت في كتاب الموازية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان كان العيب خفيا حلف المبتاع على علمه وان لم يكن خفيا حلف المبتاع ورده ولم يذكر يمينه على البت أو العلم والتقسيم يقتضي انهما على البت وروى يحيى بن يحيى عن القاسم مفسرا يحلف في الخفي على العلم وفي الظاهر على البت وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع يحلف المبتاع في العيوب على البت ولم يفرق وبه قال ابن أبي حازم وغيره من المدنيين قحتمل رواية عيسى الاولى وجهين أحدهما أن تكون موافقة لقول أشهب والوجه الثاني أن يفرق بين البائع والمبتاع فان التديس انما ينكر من جهة البائع دون جهة المبتاع (مسئلة) فان نكل المبتاع عن اليمين ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم يلزمه البيع وهذا يقتضي انه ليس له بعد النكول الرجوع الى اليمين وفيها قول ابن نافع ان نكل المبتاع لم يرد له أبدا حتى يحلف وهذا يقتضي أن له اليمين بعد النكول (مسئلة) فان ظهر على عيين أحدهما قديم والآخري شك في قدمه فعلى المبتاع أن يحلف انه لم يحدث عنده بخلاف اذا لم يكن ثم عيب قديم للمبتاع الرد وفسخ البيع والبائع مدع عليه ارش العيب المشكوك فيه فان لم تقم له بينة بحدوثه فاليمين على المبتاع في انكاره واذا لم يكن ثم عيب قديم فليس للمبتاع رد الا بما يدعيه من قدم العيب المشكوك فيه فان قامت له بذلك بينة والا حلف البائع على انكاره (مسئلة) وان أقام المبتاع شاهدا واحدا على قدم العيب حلف مع شاهده ويكون يمينه على البت وان كان عيبا خفيا قاله ابن المواز فان نكل المبتاع عن اليمين حلف البائع وقال ابن المواز يحلف على البت وقال أصبغ يحلف على العلم وجه قول ابن المواز ان الشاهد شهد على القطع فيجب أن يكون بين الشهود له موافقا للشهادة شاهده فان نكل ردت تلك اليمين بعينها على البائع فلزمه أن يحلف على البت ووجه قول أصبغ أن يمين المبتاع موافقة لشهادة الشاهد فلذلك

لزم أن تكون على حكمها وليس كذلك يمين البائع فانها على خلافها بقيت على حكمها
 (فصل) وان شهد الشهود بانه أقدم من أمد التبايع فلا يخلو أن يكون المبتاع ممن يظن به انه
 لا يخفى عليه وينتهم فيه أو يكون عدلا عالما به أو يكون غير عالم عدل فان كان عالما بذلك متهما فيه
 كالنخاسين والدالين فروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك أنه يلزمهم وقال ابن المواز فيما علموا
 أولم يعلموا وقال ابن حبيب في الظاهر والخفي لبصرهم بالعيوب وقال ابن القاسم ان كان مثله
 يخفى أحلف مارآه وكان له الرد وان كان على غير ذلك لزمه وجه ما قاله مالك ان بصرهم بذلك
 وتكرر دروسهم عليهم فيه يدل على انه لم يخف عليه في الأغلب مع ما هم عليه من استلال ما لا يحل
 والرضا برديع قد علموه وارتضوه ووجه قول ابن القاسم ان الخفي من العيوب قد يخفى عليهم
 فيحلفون استبراء لهم ويكون لهم الرد (مسألة) فان كان المبتاع بصيرا بالعيوب غير متهم لتساونه
 أو تدينه أو متهما غير بصير كان له الرد بالعيوب الظاهر والخفي دون يمين طال مكث السلعة عنده أو لم
 يطل قاله ابن المواز فان ادعى البائع ان المبتاع قد رضى بذلك وادعى انه أخبره أو أراه اياه لزم المبتاع
 اليمين فان حلف رد بالعيوب وان نكل حلف البائع وبرى به (مسألة) فان لم يدع انه أراه اياه فلا
 يخلو أن يدعى انه بلغه رضا المبتاع به أو لا يدعى ذلك فان ادعى ذلك فهل يحلف المبتاع أم لا روى ابن
 القاسم عن مالك انه يحلف وروى ابن المواز عن أشهب حلف انه تبرأ اليه منه فرضيه ووجه رواية
 ابن القاسم ان البائع قد ادعى دعوى يبرأ بمثلها لا يصح أن يرد عليه فيها اليمين فيحلف ويبرأ وليس
 كذلك اذا ادعى انه رأى المبتاع ولم يدع طريقا يعرف به ذلك لا يصح رد اليمين عليه بمثل هذه
 الدعوى فلم يلزم اليمين بها ووجه قول أشهب ان دعوى البائع في ذلك كله لا يبرأ به وانما يبرأ بان
 يدعى البراءة يدل على ذلك انه اذا حلف لقد أخبره مخبر لم يسقط الطلب عنه وانما يثبت بذلك اليمين
 على المبتاع ولا يثبت من الايمان الا ما يتوصل به الى استيفاء حق أو البراءة منه ولا يثبت منه ما يتوصل
 به الى وجوب الايمان ألا ترى أن رجلا لو ادعى قبل رجل حقا فلما كلف اثبات الخطأ ادعاه أو أراد أن
 يثبت يمينه ليتوصل بذلك الى يمين المدعى عليه لم يكن له ذلك فكذلك في مسئلتنا مثله (فرع)
 فاذا قلنا بقول ابن القاسم فان يحجى بن يحجى روى عن ابن القاسم انه يحلف لقد أخبره مخبر واشترط
 فيه بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبره مخبر صدق ووجه ذلك ان يسلم من الالغاز لانه يحفل ان
 يقسم صيا أو انسانا أو مسخوطا يخبره بذلك فيورى على ذلك بيمينه قال وان أظهر الذي أخبره
 بذلك لزم اليمين المدعى عليه وان كان المخبر مسخوطا فكان يجب على هذا التعليل أن ينظر في حال
 المخبر فان كان مما لا يعاب بقوله ويمكن أن يجاهر باختلاف مثل هذا لم تجب بخبره على المبتاع وان كان
 ممن يعاب بقوله وينظن به تحرى الصدق والحياء من اختلاق الكذب والمجاهرة به أوجب خبره
 اليمين والله أعلم وأحكم

(فصل) فان اتفق الشاهدان على تاريخ العيب واختلف المتبايعان في تاريخ العيب فعلى قول
 أشهب القول قول البائع انتقدا ولم ينتقد فهو مدع استحقاق قبض الثمن من المبتاع والمبتاع ينكر
 ذلك وهذا الاصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وقول أشهب كل واحد منهما قد قال بالقولين
 وبالله التوفيق (مسألة) فان اختلف في عين السلعة فلا يخلو أن يكون مما يعرف عينه أو مما
 لا يعرف عينه فان كان يعرف عينه كالحيوان واليابس فالقول قول البائع اذا أنكر أن تكون
 سلعته يحلف على البت ويبرأ وان كان مما يعرف من المكيل والموزون والمعدود فلا يخلو أن

يكون من الأثمان أو غيرها فان كانت من الأثمان فاختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن حبيب عن ابن القاسم أن الدافع يحلف على علمه في الغش والنقص صيرفاً كان أو غيره وحكى عن ابن الماجشون أن الصير في يحلف على البت وإن غيره يحلف في الغش على العلم وفي النقصان على البت قال ولم يختلفوا أن اليمين في نقصان العدد على البت وجه قول ابن القاسم أن انتقاد القابض واستيفاء الوزن ومفارقة الدافع على أنه قد استوفى بذلك عدده يضعف دعواه الغش والنقص في الوزن ولو ادعى عدم معرفة تلك الأعيان فادونها فيحلف على أنه لا يعرفها لأنه إن عرفها وميزها أعيد النظر إليها والوزن لها ويستوفى تمييز أعيانها وانها هي التي دفع الصير في أو غيره فاستوفى وجه قول ابن الماجشون أن معرفته بالغش والغبن وتجاوز الوزن ومباشرة له في الأغلب يوجب عليه اليمين على البت أنه قد وفاه جيداً وإنه لا يوجب عليه أن يحلف على البت في ميز أعيانها وجه قول ابن كنانة في التفرقة بين الغش والوزن أن الذي ينفرد الصير في بمعرفة هو الغش وأما الوزن فان جميع الناس يستوون فيه فلذلك استووا في صفة اليمين

(فصل) وقوله فان العبد أو الوليدة تقوم به العيب الذي كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن ما بين قيمته صحيحاً وقيمه وبذلك العيب يريد أنه يقوم بقيمته يوم التبائع سليماً من العيب ثم يقوم بقيمته ذلك اليوم وبه العيب فينظر كم بين القيمتين فان كان ربعها رجع بجميع الثمن وإن كان أقل أو أكثر فبحسب ذلك وذلك ان المتبائع اشترى السلعة والتغابن لازم في البيوعات لأنها مبنيّة على ذلك فقد أصاب العيب جزءاً من الثمن الذي ابتاع به الجملة فيجب أن يرد من الثمن ذلك المقدار فان كان العيب خمس المبيع رد خمس الثمن وإن كان أكثر أو أقل فبحسب ذلك ولا سبيل إلى تقدير العيب به من الجملة الأعلى ما ذكرناه وهذا اذا دخل العيب وجهه من وجوه الفوت كالموت والعق و سائر ما قد مر ذكره أو دخله معنى يثبت به الخيار للمتباع من نقص يوجب أن يرد المبيع مع النقص الحادث أو يمسه ويرجع بقيمة العيب فأما ان لم يدخله شيء من ذلك فليس للمتباع الاردة ويرجع بجميع ثمنه أو الامساك ولا يرجع بشيء فان أراد البائع أن يدفع إليه الارش ولا يرد عليه المبيع بالعيب لم يكن له ذلك ما لم يتفقا عليه فان اتفقا عليه جاز خلافاً لابن شريح في منعه ذلك والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يسقط إلى مال مع الفوات فجاز أن يسقط إلى مال مع الامكان كالخيار في القصاص ص قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا في الرجل يشتري العبد ثم يظهر منه على عيب يرد منه وقد حدث به عند المشتري عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسداً مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي يشتري العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كان قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمه يوم اشتراه وبه العيب ثمانين ديناراً وضع عن المشتري ما بين القيمتين وانما تكون القيمة يوم اشتري العبد كما قال ان من ابتاع سلعة وحدث بها عنده عيب مفسد ثم ثبت فيها عيب قديم كان عند البائع فان المتباع بالخيار بعد ذلك بين أن يمسه المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرد المبيع وقيمة العيب الذي حدث عنده ويرجع جميع الثمن وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له رد المبيع وانما له الرجوع بقدر العيب خاصة والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم لا تصرفوا الابل

* قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن الرجل يشتري العبد ثم يظهر منه على عيب يرد منه وقد حدث به عند المشتري عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسداً مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي يشتري العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمه يوم اشتراه وبه العيب ثمانين ديناراً وضع عن المشتري ما بين القيمتين وانما تكون القيمة يوم اشتري العبد

والغتم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر فوجه الدليل انه لما أتلف المبتاع اللبن وبقي سائر الحيوان جعله بالخيار بين أن يغرم ما أتلف ويرد من الحيوان وبين أن يمسكه ودليلنا من جهة المعنى ان البائع قد دلس بعيب والمبتاع قد حدث عنده عيب بغير تدليس وكل واحد منهما غير راض بما كان عند صاحبه من العيب فاذا تعارض الحقان كان أولاها بالتقليب المبتاع لأنه لم يوجد منه تدليس ولا تعمد اذ ثبت ذلك في هذه المسئلة بآيان * أحدهما في بيان المعاني التي تثبت الخيار للمبتاع وتميزها مما لا يثبت له ذلك * والثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد

(الباب الاول في بيان المعاني التي تثبت الخيار)

أما المعاني التي تثبت الخيار فانها على ضربين نقصا وزيادة فأما النقص فعلى قسمين نقص من جهة القيمة ونقص من جهة البدن فأما النقص من جهة القيمة فانه يكون لمعنيين أحدهما لاختلاف الاسواق والثاني لتغير حال المبيع فأما النقص لاختلاف الاسواق فانه لا يمنع الرد بالعيب ولا يوجب رد شيء معه ولا يثبت الخيار للمبتاع فأما ما نقص القيمة لتغير المبيع في غير بدنه مثل أن يحدث فيه اباق أو سرقة أو زنى أو غير ذلك مما لا يؤثر في بدنه ولكنه يزهد فيه وينقص الكثير من ثمنه فهذا قال ابن حبيب لا يثبت الخيار وله أن يرد المبيع دون غرم شيء لما حدث عنده وفي العتية من رواية ابن القاسم فيمن اشترى جارية فزوجها فولدت اما حبسها فلا شيء له واما ردها بولدها وفي المدينة من رواية محمد بن صدقة عن مالك فيمن اشترى جارية فزوجها ثم وجد بها عيبا فانه بالخيار بين أن يوضع عنه قدر العيب القديم وبين أن يردّها ويرد معها ما نقص الزوج وجه القول الأول ان ذلك نقص يختص بالقيمة فلم يكن على المبتاع فيه غرم كبعض القيمة لتغير الاسواق ووجه القول الثاني انه عيب ينقص كثيرا لثمن لحدوثه وعند المبتاع يثبت له الخيار بين رد المبيع وما نقصه أو التمسك به والرجوع بقيمة العيب كنقص البدن (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو النقص من جهة البدن فما كان يسيرا كذهاب الظفر والائمة في وخش الرقيق فالذي ليس مما يثبت الخيار للمبتاع وانما له الرد ولا شيء عليه من النقص أو الامساك ولا شيء له من قيمة العيب ووجه ذلك ان البائع منهم بالتدليس ولذلك وجب الرد عليه بالعيب بما كان من الامور اليسيرة التي لا يسلم من مثلها وما كان معتادا متكررا فلا عوض له فيها حدث منها وذلك بمنزلة بقاء المبيع على هيئته وكذلك السكى والرمد والصداع والحجى لانها أمور معتادة يسرع البرء منها هذا مذهب ابن القاسم وخالفه أشهب في الوعك والحجى فقال يثبت الخيار للمبتاع * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان ابن القاسم انما أراد الحجى الخفيفة التي يرجى سرعة برئها دون ما أضعف منها ومنع التصرف فان ذلك مما يعظم قدره ويندر فلا يرد المشتري الا أن يرد قيمة ما نقص من المبيع وقد روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه ان اشترى عبدا فرض عنده ثم اطلع على اباق لم يردّه حتى يصح أو يموت فان مات رجع بمابن القيمتين وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يردّه ما لم يكن مرضا مخوفا فعلى هذه الرواية الامراض ثلاثة خفيف لا يثبت الخيار به ومتوسط يثبت الخيار به ومرض مخوف يمنع الرد والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان أصابته موضحة أو جائفة أو منقولة فبرئت فليس بفوت ولا يثبت الخيار للمبتاع لانه قد عاد الى هيئته قال ابن المواز ولو أخذ ذلك عقلا لم يردّه المبتاع مع العبد بخلاف قطع اليد وقد روى محمد بن صدقة عن مالك في المدينة انه يردّه ولا يرد عقل الموضحة لان الموضحة لا تنفيت

العبد ولو كان ما أصيب به العبد جرحا يعيب رسمه لم يكن له رده الا بما أخذ في جرحه وقال ابن القاسم وكذلك المنقلة والجائفة والمأمومة عقلا لمن أخذه الا أن يتبين فان شاء رده وما أخذ من عقله قال عيسى بن دينار ان شأنه فهو بالخيار ان شاء رده وما نقصه الشين لسبب العقل الذي أخذ وان شاء أمسكه ويرجع بقيمة العيب وان لم يشنه وان شاء رده وكان له ما أخذ من عقل الجرح وان شاء أمسكه ولا شيء له من قيمة العيب (مسئلة) وان كان النقص في البدن كثيرا كالعمى والشلل وقطع الاصبع من الوخش والامثلة من الرائحة وقطع اليد فان ذلك يثبت الخيار للبتاع بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة القديم أو يرد المبيع وما نقص العيب الحادث ويرجع بجميع الثمن وهذا حكم الاقتضاض والولادة لان هذا كله نقص من غير المبيع مؤثر في ثمنه تأثيرا كثيرا (مسئلة) واختلف أصحابنا في هزال الرقيق والدواب وسمنها فروى ابن حبيب أن مالك لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب ولا بهزال الرقيق ولا بسمنه وشبه بهزال الدواب وابن القاسم لا يثبت بهزال الرقيق ويثبت بهزال الدواب وسمنها واختار ابن حبيب أن ذلك كله يثبت الخيار ورواه عن رضى من شيوخه وهي رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة في الدواب وهذا مبنى على أن النقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير وأما صلاح البدن ما لم يكن سمنها ينافي خلاف أنه لا يثبت الخيار لانه زيادة في الجسم خاصة وانما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم في نقص كثير القيمة (فرع) اذا قلنا ان الخيار يثبت بذلك فانه يكون مخيرا بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب أو يرد عليه قيمة ما حدث عنده من النقص وما يثبت به الخيار في هذا من الزيادة فانه مخير بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب أو يرد له ولا شيء له من الزيادة ورواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (مسئلة) وان كان النقص من غير جنس المبيع مثل أن يكون للعبد مال من رقيق أو غيرهم يشترطه المبتاع فتذهب أو يكون على الغنم أصواف فتذهب قبل الجزأ ومع النخل تمر فيتلف قبل الجذ فانه لا يثبت الخيار للبتاع في مال العبد وانما يكون له أن يرد العبد بما بقي من ماله ولا غرم عليه فيما ملك أو يرضى به ولا يرجع بشئ من قيمة العبد ورواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وعيسى ابن دينار عن ابن القاسم

(فصل) وأما الضرب الثاني من المعاني الموجبة للخيار بالزيادة في المبيع فلا يخلو أن تكون الزيادة في المبيع زيادة القيمة دون الجسم أو زيادة في عين المبيع فأما الزيادة في القيمة دون العين كالزيادة في النفاذ والمعرفة والفصاحة فهذا لا يثبت الخيار للبتاع وأما الزيادة في عين المبيع فانها على قسمين أحدهما أن يكون نماء فيه والثاني أن يكون معنى مضافا فان كان نماء فيه كالدابة المهزولة تسمن فقلنا أصبغ عن مالك في ذلك روايتان أحدهما نفي الخيار والثانية اثباته وحكى عن ابن القاسم اثباته اذا كان سمننا وجها اثباته انه تغير في البدن فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين ووجه نفيه انه نماء من نفس المبيع ليس للبتاع المشاركة فيه فلم يثبت له الخيار كالنفاذ والمعرفة (مسئلة) وان كانت الزيادة بمعنى يضاف الى البيع فلا يخلو أن يكون نماء خارجا منه أو صفة ثابتة فيه فان كان نماء خارجا منه فعلى وجهين أحدهما أن يكون من جنس المبيع كالولد والثاني أن يكون من غير جنسه كثمر الشجر وصوف الغنم وألبانها وغلة العبد والرباع فأما الولد فلم أر لأصحابنا فيه بصاعدا غير ما روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن ابتاع شاة حاملا فوضعت عنده فأكل سخلتها ثم وجد عيها قد يمافان له أن يرجع بقيمة العيب أو يرد الشاة وما نقص من ثمنها يوم

ابتاعها لانها كانت ترجى لولدها فظاهر هذا انه انما أوجب ذلك الولادة ولم يوجب له ذلك عدم ولدها
واتلاف المبتاع له لانه لو كان كذلك لرد قيمته فقدر روى عيسى عن ابن القاسم انما يرد لها وقيمة
ولدها وانما نصوا على انه ليس له ان أراد الرد أن يمسك الولد ويحتمل عندى أن يتخرج فيه
القولان في السمن وهو أنظهر لانه نماء منفصل ولا يمكن مع ذلك امساكه (مسئلة) وان كان من
غير الجنس كالتمر والصوف واللبن فلا خلاف على المذهب انه لا يثبت له الخيار وانما له أن يرد أو
يمسك ولا يرجع بقيمة عيب وقال أبو حنيفة ان ذلك فوت وليس للمبتاع الا قدر العيب والدليل
على ما نقوله ان هذا نماء لو حدث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب فاذا حدث بعده لم يمنع الرد بالعيب
كالكسب والعمل (مسئلة) وان كان صنعة ثابتة فيه كالصبغ والخياطة والقصارة والرقم في
الثوب مما لا يمكن فصله من المبيع الا بفساد فان ذلك يثبت فيه الخيار

(الباب الثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار)

وذلك ان معنى الخيار المذكور أن يكون للمبتاع أن يمسك المبيع المعيب ويرجع بقيمة العيب القديم
أو يرده على البائع ويرد معه قيمة العيب الحادث عنده فان أراد الامساك فانه تقوم السلعة تقويمين
أحدهما أن تقوم سلمية من العيب يوم البيع ثم تقوم معيبة فيرجع بقدر ما بين القيمتين من الثمن
وذلك أن قيمتها سلمية عشرة دنانير وتكون قيمتها بالعيب القديم ثمانية دنانير فيعلم أن قيمة العيب
خمس القيمة التي قوم بها صحيحا فيرجع عليه بخمس الثمن الذي اشتراه به وان أراد الرد فأى القيمتين
المتقدمتين لا بد منها فاذا تقدمت جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلا ثم يقومها بقيمة ثالثة بالعيب
القديم والحديث فيرد من ثمن المبيع المعيب بقدر ذلك وذلك أن يقال في مسئلتنا ان قيمته بالعيبين
سنة دنانير فيعلم أن العيب الحادث عند المشتري ينقص من قيمة المبيع بعينه الربع ومثل ذلك يجب
أن يرجع من ثمنه فان كان اشترى المبيع بخمسة عشر دينارا فأراد امساكه أخذ من البائع خمس
الثمن الذي هو خمسة عشر دينارا وذلك ثلاثة دنانير وعلما أن الباقي وذلك اثناعشر دينارا وهي
أربعة أخماس الثمن هو ثمن المبيع معيبا بالعيب القديم فاذا أراد أن يرد قيمة العيب الحادث عنده
فقد قلنا انه ربع قيمة العيب معيبا ردمع العيب ربع ثمنه بالعيب القديم وذلك ثلاثة دنانير لان العيب
الذي حدث عنده انما كان معيبا بالعيب القديم فيلزمه أن يرد قيمة ما تلف من المبيع معيبا بالعيب
وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم في المدونة وغيرها (مسئلة) فان قال البائع أنا أقبض المبيع ولا
أرجع بقيمة العيب الحادث وقال المبتاع بل امسك وارجع بقيمة العيب القديم فقد روى سحنون
عن ابن القاسم ذلك للبائع الاول الا أن يقول المبتاع أنا أمسكه ولا أرجع بقيمة العيب القديم فيكون
ذلك له وقال عيسى بن دينار ليس ذلك له والخيار للمبتاع وهو الأظهر من قول المدنيين وجه رواية
سحنون ان البائع لما أسقط عن المبتاع قيمة العيب الحادث كان بمنزلة ما لم يحدث فيه عيب فلم يكن
للمبتاع الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول عيسى بن دينار ان حدوث العيب بالمبيع
يثبت الخيار للمبتاع وان لم يجب به على المبتاع غرم كما لو ثبت تدليس البائع بعيب الرد وقد حدث
عند المشتري بسببه عيب آخر وكما لو كان التغير بالزيادة (مسئلة) وأما التغير الموجب للخيار
بزيادة في المبيع كالصبغ ونحوه فانه يأتي ذكره في الأقضية ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالتغير الحادث عند المشتري على ضربين زيادة ونقصان فأما الزيادة فان
حكمها واحد في التدليس وغيره وأما النقصان فلا يخلو أن يحدث بسبب العيب المدلس به أو باذن

البائع أو يحدث بغير هذين الوجهين فأما ما يحدث بسبب العيب مثل أن يدلس بمرض فيموت منه أو يدلس بسرقة فتقطع يده فيموت أو يدلس بحمل فقوت منه فهذا يرجع بجميع الثمن على البائع لأنه تعدي بكتمان عيب قد علمه فكل ذلك سببا لهلاك المبيع فلزمه ضمانه لما كان هلاكا من سببه (مسئلة) فان دللس بابق فأبقى لم يختلف أصحابنا ان على البائع رد جميع الثمن الا محمد بن دينار فان ابن حبيب ذكر عنه انه قال اذا هلك بابقه فان للبائع قيمة عيب الابق خاصة الا أن يلجئه الهرب في عطب كالنهر يقتحمه أو يتردى من جبل فيهلك بذلك أو يتوارى في موضع فتتهشه حية فهذا يرد البائع فيه جميع الثمن فاما أن يمرض في ابقه فيموت أو يجهل أمره فلا يرجع عليه الا بقيمة العيب وجه قول مالك والجمهور انه هلك بعيب دللس به البائع فكان عليه جميع الثمن كما لو دللس بمرض فأت منه ووجه قول ابن دينار ان ما اعترضه من مرض أو غيره ليس من جملة الابق فلا ضمان عليه وأما ما يحدث باذن البائع فسيأتي ذكره في الأقضية ارشاء الله تعالى

(فصل) ثم نرجع الى الأصل ونقول قوله فان مات العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه الى آخر الفصل يقتضي أن الرجوع بقيمة العيب انما يكون اذا كان العيب باقيا الى وقت الفوات فأما ان زال العيب فبطل فوات العبد بالعتق والموت أو غير ذلك فلا رجوع للبائع على البائع بقيمة العيب لانه لو كان العبد باقيا وقدر زال عنه العيب لم يكن له رد بعيب قد زال فكذلك لا يكون له أن يرجع بقيمة بعد فوات المبيع (مسئلة) والعيوب في ذلك على ضربين عيوب اذا ذهبت لم يخش عاقبتها كالبياض في العين والمرض والوليد يموت والجرح يبرأ على غير شين فان أخذه عقلا فهذا لا خلاف انه بمنزلة الصحيح الذي لم يكن به شين وان مات أو عتق بعد زال هذه المعاني فلا يرجع على البائع بشيء وان كان العبد قائما لم يكن له رده بعد ذهاب هذه المعاني وبالله التوفيق ومنها عيوب يتق عاقبتها ويتق عاديها أو عودتها فأما ما يتق عاديته كالسرقة والابق قال أشهب عن مالك في الصبي يابق في الكتاب ثم يبلغ ويكبر لا يبيعه حتى يبين لان عادته تبقى وأما الجارية تبول في الفراش ثم انقطع عنها ذلك قال ابن القاسم هو عيب وقال أشهب ان انقطع انقطاعا بينا كالسنين الكثيرة فليس بعيب وان كان أمر ايسير فهو عيب ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب في ذلك واحدا اذا انقطع ذلك عنها العشرة الاعوام ونحوها على أنها قد اختلفا في الجنون كاختلافهما في هذا وأمر الجنون أشد وأما الزوج للامة والزوجة للعبد يموتان أو يفترقان قال ابن القاسم وابن كنانة في المدينة ليس بعيب وقال مالك من رواية أشهب عنه هو عيب وجه ما قاله ابن القاسم ان العيب قد ذهب بالفرقة أو الموت كالبياض يكون بالعين وجه رواية أشهب ان من اعتمد ذلك منهما دعا اليه وطلبه وذلك مفسد لحاله ومؤثر في خدمته وقال الشيخ أبو بكر انما ذلك لان الناس أرغبت في من لم يكن لها زوج قط (مسئلة) وأما ما يتق عودته من الجنون والجذام والبرص فقال ابن القاسم في الجنون هو عيب لانه تسكر رجعتة وقال أشهب اذا برى حتى أمنت عودته فليس بعيب

(فصل) وقوله وانما تكون القبة يوم اشترى العبد يريد في الرد والامساك لانه اذا زاد فعليه قبة الجزء الذي تلف عنده يوم الشراء الا أنه في ذلك ضمنه وان أراد التمسك فعليه أن يرجع بقيمة عيب التدليس لان الجزء الذي دللس بنقصه انما دفع قيمة الثمن على قيمة قدره من المبيع ذلك اليوم فانما الرجوع بقدره ذلك اليوم من الثمن الذي دفع في الجملة ص **قال مالك الأمر المجتمع عليه** عندنا ان من رد وليدة من عيب جده بها وقد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليدة من عيب جده بها وكان قد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

كانت ثيبا فليس عليه في اصابته اياها شي لان كان ضامنا لها * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا
فمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برئ من كل عيب فيما باع الا
أن يكون علم في ذلك عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا
عليه * ش وهذا كما قال ان من أصاب وليدة وجد بها عيبا فانها ان كانت بكرأ فأذهب عذرتها
فان عليه ما نقصها ان أراد ردها بالعيب وكانت ممن ينقصها الافتراض لان وخش ازريق لا ينقصه
ور بما زاد ذلك فيهن وان كانت ثيبا ردها ولا شي عليه لو طئه اياها وقد تقدم ذلك كله وليس عليه
رد مهر في بكر ولا ثيب وروى القاضي أبو محمد عن ابن أبي ليلى وروى عن شريح أنه أوجب في ذلك
مهر الردمعها والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان هذا وطء صادف ملكا فلم يوجب مهرا
أصل ذلك اذا فاتت ص * قال مالك في الجارية تباع بالجاريتين ثم يوجد باحدى الجاريتين
عيب ترد منه قال تقام الجارية التي كانت قدية الجاريتين فينظر كم منها تم تقام الجاريتان بغير العيب
الذي وجد باحدا هما تقامان صحيتين سالمين ثم يسم من الجارية التي بيعت بالجاريتين عليهما بقدر
ثمنهما حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتفعة بقدر ارتفاعها وعلى الأخرى بقدرها
ثم ينظر الى التي بها العيب فيرد بقدر التي وقع عليها من تلك الحصة ان كانت كثيرة أو قليلة وانما
تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما * ش وهذا كما قال وذلك ان من ابتاع جارية بجاريتين
ثم وجد مبتاع الجاريتين باحدا هما عيبا فانه تقوم الجارية التي كانت ثمن الجاريتين فينظر كم منها
يريد قيمتها وانما يحتاج الى ذلك ليتوصل بذلك الى معرفة ما يعيب كل واحدة من الجاريتين من
الثمن في بيعه المتقدم وهي قيمة الجارية المنفردة

(فصل) وقوله ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذي وجد باحدا هما سالمين منه لانهما انما كانتا ثمن
للجارية الواحدة التي تقدم تقويمها وهما سالمتان لانه على ذلك اشتراهما بائع الجارية وانما تقوم كل
واحدة منهما مفردة ليعلم قيمة كل واحدة منهما فبذلك يتوصل الى ما يريد ثم يجمع القيمتان ثم يعلم
كم مبلغ قيمة كل واحدة من الجاريتين من قيمتهما فان كانت قيمة التي بها العيب ثلث الجلة وقيمة
الأخرى الثلثين ردها ورجع بقدرها وبيان ذلك انه لا يخلو أن تكون الجارية التي هي من ثمن
الجاريتين باقية على حالها لم تنف أو تكون قد فانت بزيادة أو نقصان أو اختلاف أسواق فان كانت
قائمة لم تنف نظر الى الجارية التي وجد بها العيب فان كانت أفضل الجاريتين رد الجاريتين وأخذ
جاريته وان كانت أدون الجاريتين رد المعيبة بما يصيبها من قيمة الجارية المفردة يسد مبتاعها وهذا
معنى ما في المدونة من ذلك وروى اسماعيل القاضي عن ابن الماجشون ان الذي وجد العيب
لا يرجع في عين ما باع وان وجد العيب بجميع ما أخذ والذي أعطى لم ينف وانما يرجع بقيمته وان
تساوت الجاريتان في المدونة عن ابن القاسم في العبدین المتكافئين يصيب المبتاع بأحدهما عيبا
أو يستحق فانه يرد ويأخذ ما يصيبه من الثمن وقاله غير ابن القاسم في العبدین والشاتين وقتل الخل
(مسألة) وار فانت الجارية بزيادة أو نقصان لزوم فيها البيع وكان التراجع في قيمتها على حسب
ما قدمناه الا أنه ينظر المعيبة من الجاريتين فان كانت الرفع ردها ورجع بجميع الجارية المفردة
وان كانت المعيبة هي الادون ردها مفردة ورجع بقيمتها مع قيمة الجارية المفردة ولزمه البيع في
الجارية الثانية التي هي أرفع الجاريتين (مسألة) فان كانت الجارية المفردة لم تنف ولا تغيرت
في بدنها وانما تغيرت في أسواقها بزيادة أو نقصان فقد قل ابن القاسم ان ذلك فوت بمنع الرجوع

في عينها كتغير البدن

(فصل) وانما تكون قيمة الجارية يتبين عليه يوم قبضهما يريه يوم خروج الجارية المفردة وان كانت السالبة هي الرائعة من عهدة المواضعة لانه حينئذ يصح قبضه للجارية يتبين ان لم يثبت فيها حكم المواضعة وان ثبت فيها حكم المواضعة في يخرجان منها وانما قال في هذه المسئلة يوم القبض بخلاف ما تقدم قبله في مسئلة العبد والوليدة من التقويم يوم البيع لانه ينافي مسئلة العبد والوليدة على انه ليست فهما مواضعة والكلام في هذه المسئلة على رقيق فيهم المواضعة أو عهدة الثلاث فانما تلزمه القيمة بعد ذلك ونحن نحتاج أن نبين حكم المواضعة وما يتعلق بها وفيها ستة أبواب * الباب الأول في تبين معنى المواضعة ولزومها * والباب الثاني في محلها من العقود عليه * والباب الثالث في محل المواضعة من العقود * والباب الرابع في محل المواضعة من العقود عليه * والباب الخامس في تبين حكم الحوادث * والباب السادس في بيان ما يخرج به المواضعة (الباب الأول في بيان معنى المواضعة ولزومها)

قال أحمد بن المعذل في المبسوط المواضعة أن توضع الجارية اذا بيعت على يدا امرأة معدلة حتى تحيض حيضة فان هي حاضت كمل البيع وان لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع (مسئلة) وحكم المواضعة ثابت في الرقيق في كل بند قال أشهب في العتية والواضحة أرى أن يحمل الناس على المواضعة قال ابن عبدوس لما يتقي فيها من الحمل

(الباب الثاني في تبين محلها من العتدين)

وذلك أن البائع للجارية سواء كان مالكا أو غيره من سلطان أو وكيل أو وصى لا بد من المواضعة لما ذكرناه (مسئلة) ومن باع شقص جارية ففي المبسوط عن مالك عليه المواضعة قال ابن القاسم في المدونة وكذلك لو أقال منه وجه ذلك انه يجب عليه تسليم ذلك الجزء الذي باعه سالما من الحمل (مسئلة) والمسافر الحاج وغيره اذا باع الجارية فعليه المواضعة رواه ابن المواز عن مالك قال وكذلك أهل منى قال وكذلك المجتاز والمرأة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) واذا كان البائع قد غاب عن الأمة وهو ممن يطأ مثله فلا خلاف على المذهب في وجوب المواضعة فان كان لم يرغب على الأمة وفي حكم من لم يرغب عليها مثل أن يقبل من جارية أو من على مواضعتها أو وضعت على يدي غيره فان أقال منها أو ولاها قبل أن يرغب عليها أو قبل أن تنقضي مواضعتها فلا مواضعة فيها لان البائع في مثل هذا كان ضامنا لها ومتى رجعت اليه في مدة ضمانه لها فلا مواضعة على المشتري فيها وكذلك لو باعها المشتري من بائعها أو من غيره برج فلا مواضعة عليه ولا استبراء على المشتري لانها على يدي عدل تعلم ببراءتها ولم يرغب عليها بعد البراءة من لم يؤمن عليها وكذلك من باع جارية ممن هي على يده وديعة بعد ان حاضت عند المودع عنده (مسئلة) فان غاب عليها غير من وضعت عنده للاستبراء وكان البائع لها ممن لا يطأ مثله كالصبي الصغير والمرأة فالظاهر من المذهب وجوب المواضعة لا يجوز منها حمل لا يلحق بزواج ولا زنى ظاهر فلم يدخل المبتاع عليه وهو ممن ينقص معظم الثمن وأما الزانية المشهورة بذلك أو ذات الزوج فلا ينقص من ثمنها الا اليسير فلا مواضعة فيها

(الباب الثالث في محل المواضعة من العقود)

حكم المواضعة ثابت في البيع بالنقد أو في الثمن المؤجل وأما في ابتياع الأمة من دين على الأمة فلا يجوز أن يثبت فيها حكم مواضعة وان كانت من الاماء اللاتي لا يجوز بيعهن الا بالمواضعة لا يجوز ذلك

فيها وبطل العقد لما يدخله من فسخ الدين في دين قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان المبتاع كان له على
 البائع دين فنقله في جارية لم يتنجز نقل الدين الى عينها لما بقي فيها من حكم المواضعة التي لا يكمل البيع
 وتبرأ به ذمة البائع الا بكاملها فلم تبرأ ذمة البائع من دين ولا بقيت مشغولة به على حسب ما كانت قبل
 البيع لانها قبل البيع كانت مشغولة بدين محض وحبس معلوم وبعد البيع صارت مترددة بعد
 البراءة من الدين ان سامت الجارية في المواضعة والاشتغال به ان لم تسلم وهذا معنى فسخ الدين في
 الدين أن لا تبرأ الذمة من الدين الأول ولا تبقى مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل الفسخ
 ويتخرج على قول أشهب جواز ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان البيع بيع براءة فقد
 قال ابن القاسم حكم المواضعة ثابت فيها لا يسقط بالبراءة قال ابن المراز وقال مالك في العتية ولو بيعت
 بيع ميراث فلا بد من المواضعة وقال ابن المراز باعها سلطان أو غيره ووجه ذلك ان البراءة من الحمل
 لا تجوز لاسيما مع اقرار البائع بالوطء والمواضعة انما هي لمعنى ما يحدث من الحمل فلا بد من ثبوتها والله
 أعلم وأحكم (مسئلة) وان شرط في بيع جوارى المواضعة أن لا مواضعة بينهما فانه على وجهين
 أحدهما أن لا يشترط البراءة من حمل ان كان بها والثاني أن يشترط ذلك فان لم يشترط البراءة من
 حمل فان ظهر بها بطل الشرط وثبت عقد البيع وثبت حكم المواضعة وبه قال ابن القاسم في المدونة
 وغيرها وهو قول جماعة أصحابنا غير الشيخ أبي بكر فانه قال في المختصر الكبير ان البيع يفسد بذلك
 وهو مبني على قول أصحابنا في صحة العقد وأفساده في نقل الضمان المختلف في محله عن عرفه وقد قدمنا
 ذكره (فرع) فاذا قلنا بابطال الشرط وصحة العقد فقد قال ابن حبيب يخرج من يد المشتري
 ويجري فيها حكم المواضعة فان لم ترفع أمرها حتى ماتت ففي المدونة ان كان ذلك في مدة المواضعة فهي
 من البائع وان ماتت بعد ذلك فهي من المبتاع وحكى القاضي أبو اسحق في مبسوطه عن مالك ان
 ماتت في عهدة الثلاث فهي من البائع وان ماتت بعدها في مدة الاستبراء فهي من المشتري وجه
 الرواية الأولى لما بطل الشرط في ترك المواضعة ثبت حكمها وكانت عند المشتري بمنزلة أن يؤمن على
 استبرائها ووجه الرواية الثانية انه لما شرط ابطال المواضعة لم يبطل ذلك الا بحكم حاكم فاذا ماتت
 قبل ذلك كانت بمنزلة وخش الرقيق الذي لا مواضعة فيه (فرع) فاذا قلنا بمراجعة مدة الاستبراء
 فكم قدرها قال ابن المراز الشهر ونحوه ولم يفصل وقال ابن حبيب ان كانت أيام حيضها معروفة
 فقدرها وان لم تكن معروفة فأغلب أحوال النساء وهو الشهر قال وهو في الموت خاصة وأما ان جاءها
 بعد شهرين أو ثلاثة يرددها بعيب تأخير الحيض أو بعيب حدوته وزعم انها لم تحض صدق (مسئلة)
 وأما النكاح بالأمة الرائعة التي تحيض فحكم المواضعة (مسئلة) فأما الاقالة فان حكم المواضعة ثابت
 فيها اذا حدثت الاقالة بعد انقضاء المواضعة من البيع لان الاقالة يبيع حادث يلزم البائع الثاني فيها من
 ضمان الجارية في مدتها ما يلزم البائع الأول في مدة المواضعة الأولى ويتق من ظهور حملها فيها ما اتق من
 ظهوره في الأولى (مسئلة) وأما الرد بالعيب فان كان قبل انقضاء المواضعة من البيع فلا خلاف
 انه لا مواضعة فيه لانها باقية على ضمان الأول وان كان بعد انقضاء المواضعة من البيع فقد قال ابن
 القاسم فيه المواضعة للبائع على المشتري الذي يرد بالعيب وقال أشهب لا مواضعة فيه وجه ما قاله
 ابن القاسم ان هذه أربعة يلزم فيها المواضعة بانتقال الملك بالمعاوضة كما لو بيعت ووجه ما قاله أشهب ان
 هذا انقض بيع وليس ببيع مبتدأ ولا عقد وهذا الحكم يختص بالعقود دون فسخها

(الباب الرابع في محل المواضعة من المعقود عليه)

ان المواضعة ثابتة في الرائعة من الاماء التي مثلها يوطأ وليست بظاهرة الحمل ولا معرضة للحمل يقبها في البيع كذات الزوج والمجاهرة بالزنا وأخصر من هذه العبارة انها ثابتة في الجارية التي ينقص الحمل من ثمنها الكثير فان الصغيرة لا يصح فيها الحمل وذات الزوج والمشهورة بالزنا لا ينقص الحمل من ثمنها الكثير وأما وخش الرقيق قال ابن القاسم عن مالك في المبسوط من الزنج وما أشبههن فلا يلزم فيهن ذلك واحتج لذلك بان الرائعة ينقص الحمل معظم ثمنها والوخش لا ينقص ثمنها فلنقص فينقص منه اليسير والغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره (فرع) قال مالك وما كانت بثمن خسين أو ستين فهي من المرتفعات وهذا انما هو بحسب اختلاف الأوقات وانما ينظر في ذلك الى ما جرت العادة أن يتخذ مثلها للوطء فهي الرائعة التي ثبت فيها حكم المواضعة واذا كانت ممن لم تجر العادة باتخاذها لذلك وانما تغذل للاستخدام فهي من الوخش ولا يثبت فيها حكم المواضعة (مسألة) واذا كانت الأمة المبيعة ذات زوج أو معتدة من طلاق فلا مواضعة فيها قال أحمد بن المعدل في المبسوط لانها لم تشر للوطء فلا يثبت فيها حكم المواضعة وهذا معنى صحيح لان الوخش لم يثبت فيها حكم المواضعة لما لم يكن المقصود منها الوطء (مسألة) وان كانت حاملا لظاهرة الحمل ففي المدونة من قول مالك لا مواضعة فيها ووجه ذلك أن المواضعة انما هي خوف الحمل وتوقعه فاذا كان حملها ظاهرا فهو بمنزلة العلم بالعيب فلا يصح الرد به ولا التزامه به (فرع) فان اشترى جارية ظاهرة الحمل على ما تقدم في ذلك من نفي المواضعة ثم انفس الحمل وظهر انها حامل فانها لا ترجع الى حكم المواضعة قاله ابن القاسم في المدونة واحتج لذلك بان للبائع أن يقول بعثك حاملا ولا أدري ما حدث بعد ذلك وله أن يقول بعثك ما جاز لي فيه الانتقاد وقد انتقدت (مسألة) وأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا مواضعة فيها لانها ممن لا يتقى عليها الحمل فلا تجر فيها مواضعة لان موضوع المواضعة لما يتقى من الحمل عليها فان كانت توطأ ولا يحمل مثلها فقد قال ابن القاسم فيها المواضعة وقال مطرف وابن الماجشون لا مواضعة فيها وجه قول ابن القاسم ان من يصح وطؤها لا يكاد أن يتميز وقت تجويز الحمل عليها فاحتيط لذلك كما احتيط بالعدة من الوفاة في حق الصغيرة التي لا تحمل لما لم يتميز ذلك وجه قول مطرف وابن الماجشون انه اذا اتفق على أنها لا تحمل فلا معنى للمواضعة والله أعلم

(الباب الخامس في حكم الأمة في مدة المواضعة وان ضمانها من البائع)

ويلزم البائع نفقتها وجميع مؤنتها والسنة في ذلك أن توضع على يد امرأه وقال أشهر في كتاب ابن المواز تكون امرأة عدلة ووجه ذلك أن المرأة يقبل قولها في حيضتها ويمكثها النظر اليها وان وضعت على بدرجل أجزأ ذلك اذا كان له عيال ينظرون اليها (مسألة) ومالحق الأمة في مدة المواضعة من موت أو نقص جسم فهو من البائع واللبائع في الموت امساك الثمن وارتجاعه ان كان أخرجه من يده وفي النقص خيار الرد بالعيب أو الامساك وأما ما كان من غير جسدها كالزنا والسرقه في جمهور اصحابنا على أنه الرد بذلك وحكى ابن حبيب عن أصبغ لا يردها به وجه قول الجمهور ان هذا لو كان أقدم من أمد التبائع لرد به فاذا حدث في مدة المواضعة كان له الرد به كنقص الجسم ووجه قول أصبغ ان مثل هذا يمنع البائع بيعها لانها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا في مدة المواضعة فترد عليه وما كان بهن الصفة وجب أن يمنع منه (مسألة) وما حدث لها من مال بهبة أو وصية أو عطية فهو للبائع ان كان لم يستثن منه مالها لان

كل من لزمه ضمانه كان له ما ثبت من مال وأما ما حدث لها من ولد فقد قال ابن القاسم هو للبائع وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس المبيع فأشبه الثمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل في مدة المواضعة فكان للبائع كنهاء المال (مسئلة) ومن اشترى جارية رابعة بالمواضعة فيها ورضى بالحل بعد صحة العقد فقال ابن القاسم له ذلك وان أباه البائع وقال سحنون ليس له ذلك وجه قول ابن القاسم ان كل عيب يجوز للبائع الرضا به بعد ظهوره فانه يجوز له الرضا به قبل ظهوره واسقاط المطالبة كسائر العيوب ووجه قول سحنون ما احتج به من أن المبتاع انما أسقط ما وجب له من الضمان على البائع لتعجيل الخدمة

(الباب السادس في بيان ما تنقضي به المواضعة)

المواضعة تكون بأحد شيئين بحيض أو شهور فأما الحيض فالذي يجزئ منه حيضة واحدة لان بها تحصل غلبة الظن ببراءة الرحم وليس يتعلق بها معنى من العبادة ولا حرمة الحرية فلذلك لم يكرر الحيض فيها تكرره في العدة فان كان الابتاع بعد ابتداء الحيضة فان كان في أول الدم وعظم الحيضة أجزأ ذلك من المواضعة فان كان الابتاع في آخر الحيضة وبعد ان ذهب معظم الدم لم تقع به البراءة واستؤنفت بعد المواضعة ووجه ما احتج به ابن القاسم من أن الرحم في ذلك الوقت لا يقبل المني بل يقذف بالدم وآخر الحيض يقبل المني فلذلك افترقا (فرع) وكم مقدار ما تقع به البراءة من الحيضة الباقية قال ابن المواز ان بقي منه مقدار ما يعرف انه حيضة أجزأه ويحتمل قوله هذا أمرين أحدهما انه ان بقي منه مقدار أقل الحيض أجزأه ولذلك قال في آخره وان كان انما بقي منه اليوم واليومان لم يجزه والثاني ان كان في وقت يرى ان الرحم يرمي الدم ولا يقبل المني فهو براءة فان كان غير ذلك فانما هي مدة يسيرة لاستقصاء بقايا الدم وذهاب أمره فليس براءة (مسئلة) وان كانت الحيضة بعد الابتاع فلا يخلو أن تأتي على المعهود أو تتأخر عنه فان أتت على المعهود فانه تتم المواضعة وان كانت بعد التبايع بلحظة لا تناقض قلنا انه اذا كان التبايع في أول الحيضة ان المواضعة تتم بتلك الحيضة فبان تتم اذا كان جميع المواضعة بعد الحيض أولى (مسئلة) فان كانت ممن تحيض فارتفعت حيضتها فاختلف أصحابنا فيها فروى ابن وهب أن براءتها لتسعة أشهر لا تنقص من ذلك وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا ان براءتها ثلاثة أشهر الا أن ترتب فترقيم تمام تسعة أشهر ولم تترأ الا أن يظهر بها حمل ووجه رواية ابن وهب أن ارتفاع الحيض رتبة فوجب أن تر بص له مدة الحمل وهي تسعة أشهر وأصل ذلك ارتفاع حيض المطلقة ووجه رواية ابن القاسم أن ارتفاع الحيض بمجرد ليس برتبة لانه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحية (مسئلة) وهذا فمين كانت عاداتها أن يتكرر حيضها قبل الثلاثة أشهر فأما من كانت حيضتها تبطل عنها أكثر من ذلك فلا يخلو أن تكون عاداتها أقل من تسعة أشهر أو أكثر منها فان كانت عاداتها أقل من تسعة أشهر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان ثلاثة أشهر تبرئها وروى عنه يحيى لا تبرئها الا الحيض والارفعت الى ثلاثة أشهر ان استبرئت ووجه رواية عيسى بن دينار ان من كانت لا تحيض في ثلاثة أشهر فان ثلاثة أشهر تبرئها كالتى لا تحيض الا في أكثر من تسعة أشهر لان الأشهر الثلاثة براءة لكل من لا رتبة لها ووجه رواية يحيى ان من كانت عاداتها في الحيض أكثر من ثلاثة أشهر ودون التسعة فان الثلاثة لا تبرئها لان هذه حالها التي لا ترى قط في الحمل وغيره فلا يستدل بها على براءتها (مسئلة) فان كانت عاداتها أكثر من تسعة أشهر فلا خلاف على المذهب نعلمه ان ثلاثة أشهر تبرئها

الاما قال ابن حبيب ان من تحيض لاكثر من ثلاثة فانه لا يبرئها الا الحيضة ولم يفصل وجه قول الجمهور ان من تأخرت حيضتها أكثر من تسعة أشهر فان تأخرها ليس بريئة ولا يفيد وضعها الى تسعة أشهر الا ما يفيد وضعها الى ثلاثة أشهر فلامعنى للاضرار بالتبايعين ووجه رواية ابن حبيب ان من تحيض لا يبرئها الا الحيض المعتاد الا ان تتأخر عن عاداتها فتنتقل الى الأشهر كما لو حاضت لشهر (فصل) اذا ثبت الاستبراء والمواضعة تقع بانتضاء مدة المواضعة وذلك بظهور الحيض فان باول الدم قد خرجت عن ضمان البائع وسقطت سائر أحكام المواضعة وتقرر ملك المشتري عليها وهل يحل له الاستمتاع بها أولا قال ابن القاسم في المدونة له ذلك لأول ما تدخل في الدم ويحكى على قول

أشهب في كتاب ارغاء الستور انه يستحب له أن يؤخر ذلك حتى يعلم ان ما رأت من الدم حيضة (فصل) وأما المواضعة بالأشهر ففي من لا تحيض لعله أولياس فاما من لا تحيض لعله وريئة فقد تقدم ذكرها وأما من لا تحيض لياس فهذه مواضعتها ثلاثة أشهر وبه قال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة والشافعي يجزئ من ذلك شهر واحد وقال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم شهر ونصف وقيل شهران والدليل على صحة ما ذهبوا اليه ان المبدل لا يختلف وان اختلفت مقادير مبدلاته مع اتفاق معانيها كالتميم لا يختلف مقداره باختلاف مقدار الوضوء والغسل لما كان معناهما واحدا والله أعلم

(فصل) اذا ثبت ما ذكرنا من تفسير أحكام المواضعة فان قوله وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما فان من باع جارية بجاريتين لا يخلو أن تكون الثلاث الجوارى من أعلى الرقيق أو وخشه فان كن من أعلى الرقيق ثبت حكم المواضعة في جميعهن ثم ينظر في الجاريتين اللتين هما عوض الجارية الواحدة فلا بد ان تكونا مستويتين أو احدهما أرفع من الاخرى فان هلكت المنفردة أو الرفيعة من الاثنين في المواضعة انتقض البيع كله لان الهالكه منهما من ضمان البائع فرجع العوض الى صاحبه وما أصاب الرفيعة من الثنتين فالدنية تبع لها وان هلكت الدنية من الثنتين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ينتقض البيع كله أيضا وروى هو وعيسى عن ابن القاسم أن الدنية من بائعها يرجع بقدر قيمتها من قيمتها وقيمة التي معها في قيمة المنفردة لضرورة الشركة واختاره محمد ووجه الرواية الاولى ان هلاك الجارية قبل ابرام البيع في عوضها يوجب نقض العقد كله دون مراعاة يسير ما هلك منه بخلاف ما وجد به العيب بعد ابرام العقد فانه لا يتعدى نقض اليسير منه الى غيره ووجه الرواية الثانية ان امتناع التسليم في يسير المبيع لا يوجب نقض البيع في جميعه اذا لم يحدث نقصا في غيره كالاستحقاق (مسئلة) وان كانتا متساويتين فان تبايعا بجاريتين تواضعا هما (مسئلة) وان تبايعا جاريتين فتواضعا هما لحاضتا احدهما قبل الاخرى فقد روى ابن القاسم ان التي حاضت توقف كالثمن الموضوع وروى عبد الملك عن مالك في المبسوط يقبضها بها وتبقى الاخرى على حكم المواضعة ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من انها كالثمن الموضوع لا يجوز لمتاعها أن يقبضها حتى يسلم عوضها من المواضعة وذلك مبني على ان الرجوع في عينها ان لم يسلم عوضها ووجه رواية عبد الملك ما قاله ان هذه قد كمل فيها البيع فان سلم العوض تم البيع فيهما وان عرض لها مانع مضت الاولى بقيمتها وكانت كجارية بمجارية استحققت احدهما أو ردت بعيب وقد لزمت مشتريها قال عبد الملك ولو حدث بها الحادث قبل أن تحيض واحدة منهما فسخ البيع لان احدهما لم تضمن بالقيمة

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله ثم ينظر الى التي بها البيع وترد بقدر التي وقع عليها من تلك الحبيضة ان كانت كثيرة أو قليلة اختار بصفة التراجع في الجملة ولم يبين الحبيضة ان كانت في العين أو غيرها وقد قدمنا ذلك وبيانه وبالله تعالى التوفيق ص **قال مالك في الرجل يشتري العبد فيؤجره بالاجارة العظيمة أو القليلة ثم يوجد به عيب يرد منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذي كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبدا فبني له دارا قيمة بنائها ثمن العبد اضعافا ثم يوجد به عيب يرد منه رده ولا يحتسب للعبد اجارة فيما عمل له وكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا **ش** وهذا كما قال ان الغلة للبتاع وله الرد بالعيب دونها والرجوع بجميع الثمن وذلك ان ما يحدث في عين المبيع على ضربين ظاهر حين العقد وغير ظاهر فالظاهر كثره نخلة مأبورة والصوف الكامل على ظهور الغنم في رد مثل هذا مع العيب المردود بالعيب اختلاف بين أصحابنا **قال ابن القاسم** يرد وقال أشهب لا يرد بشئ من ذلك وهو للبتاع اذا انفصل عنه قبل الرد بالعيب ووجه قول ابن القاسم ان الثمرة على هذه الحال وللصرف حصه من الثمن لانه لو استحق شئ من ذلك كان للبتاع الرجوع بقدر ذلك من الثمن نص عليه محمد بن مسامة ووجه قول أشهب ان هذه غلة انفصلت من المبيع قبل الرد بالعيب فلم ترد معه كاللبن في ضرر وع الغنم يوم البيع **قال ابن المواز** ولم يختلف أشهب وابن القاسم فيما كان من اللبن في ضرر وع الغنم عند البيع لانه لا يرد معها (فرع) واذا قلنا بقول ابن القاسم فان للبتاع اذا رد الثمرة أجر السقي والغلاج ووجه ذلك انه لما وجب عليه رد الثمرة كان له أجر العمل الذي يختص بها وانما يكون له عندي من العمل أجر ما لو رد الثمرة لم يعمل له لانهم لم يذكروا في مسئلة الغنم الرجوع بالعمل ونحن نعلم ان للرعي والسقي عليها تأثيرا فيها ولا يرجع من ذلك كله بشئ وانما يرجع بالجزر عندي ولم أر في شئ من ذلك نصا لأصحابنا (فرع) فان كانت الثمرة والصوف حاضرين فقد ذكرنا في مذهب ابن القاسم انه يرد معها فان تلفا قبل الجز فلا ضمان عليه عند ابن القاسم لأن المبتاع يقبضهما وكذلك مال العبد قبل الانتزاع وان تلف بعد الجد والجز والانتزاع فعلى المبتاع رد ذلك ان عرف قدرهما رد مثلهما بالكيل والوزن والاغرم قيمتهما ولا يجوز أن تتركه عنده بحصتهما من الثمن وان كانت أكثر قيمة من المبيع لانه لا يجوز افراد الثمرة قبل بدو الصلاح بالبيع ولا صوف الغنم قبل الجز بشرط التبقية ولو أبقى ذلك عنده بما يصيبه من الثمن لكان افراده بالبيع (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فيما تكون الثمرة أو الصوف للبتاع الظاهر من المذهب ان يكون ذلك بالجد والجز وهو الذي يتطرق في أثناء كلامه لأن بذلك يتم قبضه وانفصاله من المبيع (مسئلة) فان كان الثمن غير ظاهر حين العقد فانه لا يخلو أن يكون عينا أو منفعة فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون من جنس المبيع والثاني أن يكون من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فانه يرد من ذلك مع الام ما كان من الحيوان وقال الشافعي لا يرد شئ من ذلك مع الام والدليل على ما نقوله ان هذا ثمن من جنس المبيع فلم يجز امساكه مع رد المبيع بالعيب كالسمن (فرع) فان كان ذلك حاضرا رده مع المبيع وان كان أكثره رده فانه وان باع رده ثمنه وام ابن المواز عن ابن القاسم وروى عيسى عن ابن القاسم في الذي يبيع الشاة حاملا فتلد عند المبتاع ويأكل سخلتها انه بالخيار بين أن يرد لها وقيمة الولد أو يمسكها ويأخذ قيمة العيب قال وجه ذلك ان قيمة الولد بما كانت أكثر من قيمة العيب وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة ان المشتري بالخيار بين أن يرد لها وما نقصتها الولادة لأنها كانت ترجى**

قال مالك في الرجل يشتري العبد فيؤجره بالاجارة العظيمة أو القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذي كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبدا فبني له دارا قيمة بنائها ثمن العبد اضعافا ثم وجد به عيبا يرد منه رده ولا يحسب للعبد اجارة فيما عمل له فكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا

يومئذ لو لدها أو يمسكها ويأخذ قيمة العيب ووجه رواية ابن المواز أنه نماء من جنس المبيع المعيب فوجب أن يتبعه بازرد بالعيب كالسمن ولا يقتضى هذا القول أن حدوث الولد لا يثبت للبائع الخيار في الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول ابن القاسم في المدينة أن هذا نماء من جنس المبيع فوجب أن يرد له أو يمسك ما اشتراه معيبا فإذا اعتد بذلك النماء ثمنا كان له أن يرد ذلك الثمن مع المعيب أو يمسك المعيب ولا شيء له كما كان له ذلك حال وجود ذلك له فهذا الخيار إنما يعود إلى الامساك وازد فقط وهذا الخيار الذي ثبت له بوجود العيب وإن لم تتعين العين المبيعة ووجه قول ابن كنانة أن الولد من جنس العين كالسمن فيثبت به الخيار ولا يجب أن يرد قيمته كما لا يرد قيمة السمن إذا ذهب ولكنه لما دخل الام النقص بالولادة ثبت له الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويرد ما نقصتها الولادة فجعل التأثير للولادة لا للولد (مسئلة) وإن كان من غير الجنس كالثمرات التي لم تؤثر حين العقد والصوف الذي يثبت بعد العقد فلا خلاف على المذهب أنه لا يرد من ذلك شيء مع الاصل وقال زفر يرد جميع ذلك وجه ما قلنا أنه نماء من غير جنس المبيع فلم ترد بعد الانفصال كأجرة العمل (فرع) ومتى يكور للبائع حكى ابن المواز أنه يبدو الصلاح يكون للبائع ويرد الاصل دونها وإن رد الاصل قبل بدو الصلاح فهي مع الاصل للبائع وللبيع ما أنفق ووجه ذلك أنها تابعة للاصل ما لم يبدو صلاحها فإذا بدا صلاحها فقد ثبت لها حكم الانفصال فهي لمن ظهرت على ملكه وهذا عندى مبنى على أن الرد بالعيب نقض للبيع الاول وأما على قول من قال أنه نقض للبيع من الاصل فيجب أن يكون للبائع حتى يجده (مسئلة) وأما مال العبد فما كان يوم البيع رده سيده وكذلك ما وهب له عند المبتاع أو تصدق به عليه أو ربحه في ماله وأما ما وهب له المبتاع أو أفاد من عمل سيده أو ربحه في مال دفعه إياه المبتاع فإن للبائع امساك ذلك كله ووجه ذلك أن ما كان استفادته من جهة المبتاع فهو مبتاع وما صار إليه من غير جهته فهو مضاف إلى ماله الذي كان بيده من جهة المبتاع لأن عمله له بالضمان ص **قال مالك الأمر عندنا فمين ابتاع رقيقا في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعد منهم عيبا أنه ينظر فيما وجد مسروقا أو وجد به عيبا فإن كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثر ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله قال وإن كان الذي وجد مسروقا أو وجد به العيب مسروقا أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق **ش** إن من اشترى رقيقا جله فاستحق واحد منهم أو وجد به عيب فإن كان الذي به العيب له معظم الثمن رد بالعيب جميع الجمله وإن لم يكن كذلك رده وحده بما يصيبه من الثمن وكذلك في الاستحقاق إلا أن العيب الذي فيه هل يعتبر لنفسه خاصة أو بجميع الجمله روى ابن المواز عن أشهب أن كان ذلك العيب ينقص الجمله كان له رد ذلك الرأس وحده بالعيب وإن كان لا ينقص الجمله لم يرد به بالعيب وإن كان ينقص أصبعًا خاصة واستحسنه ابن المواز ووجه ذلك أنه لم يفرد بالبيع فيعتبر العيب في نفسه خاصة وإنما يبيع مع الجمله فلا يجوز أن يعتبر العيب به وحده كالعضو (مسئلة) وإن استحق بعض الجمله فلا بد أن يكون المستحق جزءًا شائعًا وغير شائع فإن استحق جزءًا فلا يخلو أن تنقسم الجمله على ذلك الجزء أو لا تنقسم فإن انقسمت الجمله على ذلك الجزء كالمكيل والموزون والمعدود فهو على حسب ما قدمناه من العيب يوجد بالقليل من الجمله أو**

* قال مالك الأمر عندنا فمين ابتاع رقيقا في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعد منهم عيبا أنه ينظر فيما وجد مسروقا أو وجد به عيبا فإن كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثر ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله وإن كان ذلك الذي وجد مسروقا أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق

معظمها في التغيير ان كان ذلك الجزء معظم الجملة كان للبتاع في الاستحقاق امساك الباقي بما يصيبه من الثمن أو رده والرجوع بجميع الثمن وان كان الجزء أقل من الثمن الجملة أو اليسير منها لزمه الباقي بما يصيبه (مسئلة) وان كان الجزء المستحق لا تنقسم عليه الجملة فهو مخير بين أن يمسك الباقي بما يصيبه من الثمن أو يردّه قل ذلك أو كثر لأنه يدخل عليه مضرة الشركة في آحاد تلك الجملة (فصل) فان استحق جزء غير شائع فلا بد أن يكون مما الغرض في مبلغه دون اعيانه كالمكيل والموزون والمعدود أو يكون مما الغرض في اعيانه كالثياب والحيوان فان كان مما الغرض في سلعته فلا يخلو أن يكون ذلك المستحق منه مقدار نصفه أو أقل أو أكثر فان كان أكثر من النصف كان له رد الباقي على ما قدمناه وان كان أقل من النصف لزمه الباقي بحصته من الثمن وان كان النصفان سواء فهل يكون له الرد أم لا قال ابن القاسم له الرد وقال أشهب يلزمه النصف الثاني بنصف الثمن وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مما لا غرض في اعيانه وانما الغرض في مبلغه وانما اشترى بجملة فاذا استحق النصف فقد ذهب المقصود منه فثبت له الرد ووجه ما قاله أشهب أن استحقاق نصف المبيع يلزم به النصف الثاني كالعبدین المتكافئين (مسئلة) فان كان مما الغرض في عينه فلا اعتبار بقيمته دون عينه فان استحق بعض آحاد الجملة فلا يخلو أن يكون ما استحق منه النصف أو أكثر أو أقل فان كان استحق ما قيمته النصف فقد قال ابن القاسم في العبدین المتساويين يجدا المبتاع بأحدهما عيبا رده وأخذ ما يصيبه من الثمن وكذلك الاستحقاق وهو قول أشهب ويلزمه الباقي بنصف الثمن وكذلك ان استحق ما قيمته أقل من النصف فعلى قول ابن القاسم لا يلزمه السالم من هذا النوع حتى تكون قيمته أكثر من النصف ويلزمه في المكيل والموزون اذا كانت قيمته النصف (مسئلة) فان استحق ما قيمته أكثر من النصف فهل يرد الجميع المشهور من المذهب أن له رد الجميع وقال أشهب فيمن اشترى عشر شياه فوجد تسعة أن الواحدة تلزمه بما ينوبها من الثمن فان لم تكن قيمتها تخالف قيم غيرها فهو خلاف المذهب ولعله قد تعلق ذلك بأن ضرورة الشركة منتفية عنها (فرع) فاذا قلنا رد الباقي فهل له الخيار بين الامساك والرد أم لا قال ابن القاسم وأشهب ليس له أخذ الباقي بما يلزمه من الثمن لانه الآن ابتاع بثمن مجهول لان ما يصيبه من الثمن مجهول وقال ابن حبيب له ذلك في الاستحقاق والعيب اذا تراضى المتبايعان لان العقد قد كمل على صحة ومعرفة بالثمن فلا اعتبار بجعلهما بائن عند الحكم كالمواضع النصف أو أقل من النصف قال وهذا بخلاف من ابتاع جارين فهلك بائن العلياني المواضع فانه ليس له أخذ الادون بما يصيبها من الثمن لان البيع لم يكن كمل فيها وهذا الذي قاله ابن حبيب ظاهر ولا بن القاسم وأشهب مسائل تقتضيه لانه لا خلاف في المذهب ان من ابتاع جارية فحدث بها عنده عيب مفسد ثم اطلع على عيب قديم انه بالخيار بين أن يمسكها ويسقط عنه قدر العيب من ثمن الجارية وبين أن يردّها وقيمة العيب الحادث عنده فاذا اختار الامساك فقد أسسها بثمن مجهول ولم يمنع ذلك صحة العقد (مسئلة) وسواء قوبلت الجملة بثمن واحد أو قوبل كل عين منها بثمن مسمى فانه ينظر الى قيمتها ولا يعتبر بتلك التسمية لان التسمية حين العقد لا تشاح فيما يزيد في أثمان بعضها وينقصه من سائرها وأما حين الرد بالعيب فيجب أن يتعري في قيمتها (مسئلة) وحكم هذه المسائل كلها في الرد بالعيب على حسب ما ذكرناه في الاستحقاق الا أن يجدي بعض الجملة عيبا والمبيع مما الغرض في معيبه فان أراد أن يأخذ المبتاع السليم بحصة من الثمن لم يكن له ذلك الا برضا البائع فان شاء البائع أن يلزمه ذلك وأبى هو لزمه اذا كان المعيب قليلا ولم يلزمه اذا كان كثيرا وان

كان الغرض في أعيان المبيع وكان العيب بأقله فان للبتاع أخذ السليم بحصته من الثمن وان كره ذلك البائع ووجه ذلك ان المكيل والموزون الغرض في مبلغه فيحمل سألهم معيبه ففي أخذ السليم دون المعيب اضرار بالبائع وما كان الغرض في أعيانه كالرقيق والثياب فانه لا يقصد منه الكثير ولا يراد منه الاعيان فلا مضرة عليه في اقراره السليم بما يصيبه من الثمن

﴿ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان عبيد الله بن عتبة بن مسعود أخبره ان غبدا لله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به فسأل عبيد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقر بها وفيها شرط لا أحد ﴿ ش ظاهر قوله وشرطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن يقتضي ان ذلك كان في نفس العقد على وجه الشرط ولم يكن على وجه التطوع منه بعد كمال العقد وهذا يسميه العلماء الثنيا ويسمون البيع المنعقد بهذا الشرط بيع الثنيا وهو بيع فاسد مع النقل لان الثنيا في البيع لا تخلو أن تكون غير مؤقتة أو مؤقتة فان كانت غير مؤقتة مثل أن يقول له المبتاع متى جئت بالثمن رددت عليك المبيع أو يقول له متى أردت بيعها رددتها عليك بالثمن الذي أعطى بها أو بالثمن الذي اشتريتها به فهذا كله غير جائز والأصل في ذلك ما روى أبو الزبير عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحافلة والمخاربة والمزابنة ورخص في العرايا ومن جهة المعنى ان البائع يقبض الثمن من المبتاع على وجه البيع ثم يرده اليه متى شاء فيكون تارة مبيعا وتارة سلفا لعل ابن القاسم بهذا وعلل سحنون بأنه سلف يجر منفعة وذلك انه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع وقد يعترض على التعليلين ان في البيع والسلفية يميز السلف من الثمن وذلك معدوم في مسئلتنا ولو قال يكون تارة مبيعا وتارة سلفا لكان أقرب ولعل ابن القاسم قد أراد ذلك وما قاله سحنون انه سلف يجر منفعة فيه نظر أيضا لان السلف يرد على كل حال وهذا للبائع أن لا يرتجع فلا يكون سلفا وله أن يرتجع فيكون سلفا والفرق بين التعليلين ان البيع والسلف من اشتراط السلف أن يتركه ويجوز البيع قبل الغيب على السلف ولما لم يجوز ذلك سحنون في هذه المسئلة منع أن يكون يبيعا وسلفا وقال هو سلف يجر منفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان هذا في الاقالة وذلك أن يسئل المبتاع البائع أن يقيه فيقول البائع أقبلك على أنك ان أردت بيعه فأنا أولى به بالثمن فيقيه على ذلك ثم يبيعه المبتاع روى أشهب عن مالك ان المقيل أحق بالثمن الذي باعه به المقال ولا تفسخ الاولى وجه ذلك ان الاقالة باب من المعروف يخالف البيع الذي هو مبني على المكايسة والمغابنة ولو شرط اذا أقاله أن يكون له بالثمن الاول فروى سحنون عن ابن القاسم انه ان علم به انتقال البيع فبيعه مردود وان لم يكن كذلك وطال فبيع المستقيل نافذ كالذي سأل زوجته وضع صداقها فقالت أخاف الطلاق فقال لأفعل فوضعت ثم طلقها فان كان بقرب ذلك فلها الرجوع وان كان بعد طول الزمان بما لا يهتم فيه أن يكون خدعها فلا رجوع لها ﴿ قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وجه هذا عندى أن المسئلة مبنية عنده على أن الاقالة فسخ وليست بعقد بيع ولذلك احتج عليها بالطلاق الذي ليس بمليك وانما هو ازالة ملك فلا يؤثر فيه ما لا يصح من الشروط وعلى قولنا بأن الاقالة بيع من البيوع يفسدها ما يفسد البيوع ويصحها ما يصح البيوع وعلى حسب ما قاله ابن القاسم في غير موضع يجب أن لا تصح الاقالة

﴿ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾
* حدثني يحيى أن مالك عن ابن شهاب أن عبيد الله بن عتبة بن مسعود أخبره أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به فسأل عبيد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقر بها وفيها شرط لأحد

ويفسدها هذا الشرط لانه يمنع المقال من صحة ملك انتقل اليه بالاقالة (مسئلة) وأما اذا ضرب الى ذلك أجل أو نقده الثمن فقال ان جئتنى الى أجل كذا وكذا فله رد عليك فهذا أيضا لا يجوز ويدخله ما يدخل غير المؤجل من البيع والسلف فان نقده الثمن فقال ان لم تأت به الى وقت كذا وكذا فقد وجب البيع فجاءه بعد ذلك البائع ثبت البيع وقال ابن القاسم صار البيع جائزا وقد كل حراما وقال محمد وكذا اذا رضى المشتري وقد فسخا الأول ولعله رآه من يبيع الشروط التي ان ترك الشرط مشروطه مضي البيع لقول ابن القاسم قد كان البيع حراما يدل على فساد العقد الأول لأن نقده ثمن على أنه ان رد المبيع كان سلفا وان أمضاه كان بيعا ثم تأول ابن المواز اجازته له بعد ذلك واحتمل عنده وجهين أحدهما أن يكون هذا الشرط يجوز أن يسقط من شرطه ليصح العقد كالسلف والبيع وهذا لا يصح إلا بأن لا يغاب على الثمن حتى يسقط عند ابن القاسم والوجه الثاني أن يكون قد فسخا العقد الأول وسند كركمه بعده ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان تطوع المبتاع بعد كمال العقد وملكه للمبيع فقال أصبغ اذا سأل من مدهنة أو موعدة فذلك جائز ضرب بالذلك أجلا ولم يضرب به الا في الاماء لما يحذر فيه من اعارة الفرج فان أطلق ذلك أو ضرب به أجلا بعيد لم يصح ولم يلزم هذا الشرط إلا أن يدرك ذلك المشروط بحرارة الأمر لعله يريد عند قوله ذلك وقبل أن يغيب عليها ويمكنه وطؤها فان ضرب بالذلك أجلا أقرب من مدة خروجها من الاستبراء فذلك لازم لانه قد سلم مما خفناه ويجب أن يلحق بذلك من لا يجوز للمبتاع وطؤه من ذوات محارمه من الاماء (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يخلو فميا تطوع فيه بالثنيان أن يضرب له أجلا أولا يضرب له أجلا فان ضرب له أجلا فليس له أن يحدث فيه شيئا يقطع به ذلك الى منتهى الأجل وان لم يضرب بالذلك أجلا فمن جعل له ذلك القيام بالثنيان متى كانت في ملك الذي جعلها له وان خرجت عن ملكه سقط ذلك ووجه ذلك ان الثنيان انما هي على وجه المعروف والاطلاق في ذلك لا يتعذر ولا يجوز أن يمنع المالك من التصرف التام فاذا ألهاه عنده كان له ثنيا وان خرج عن ملكه لم يكن له ابطال تصرفه فيه بالبيع أو الهبة

(فصل) وسؤال ابن مسعود عمر بن الخطاب رضى الله عنهما عن هذه القضية وهو من أهل العلم والاجتهاد يحتمل معاني احداها أن يكون خفي عليه حكمها وأراد أن يقلده فيها على رأى من رأى أن للعالم أن يقلد من هو أعلم منه ويحتمل أن يكون أراد أن يبين له وجهها حتى يعلم عبد الله بن مسعود حكمها بالدليل الذي يرشده اليه ويحتمل أن يسأله عن ذلك مع معرفته بحكمها ليعلم موافقته له فيها أو مخالفتها

(فصل) وقول عمر لا تقر بها وفيها شرط لأحد قال أبو مصعب في المبسوط معنى ذلك لا تتبعها وفيها شرط لأحد ومعنى ذلك لا تشتريها بهذا الشرط وهذا يقتضى منعه من هذا الاتباع لفساده ورواه عن مالك ويحتمل عندي أن يريد به لا تقر بها في الوطء مع بقاء هذا الشرط فيها ويكون حكم العقد في الفساد والصحة مسكوتا عنه ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لا يوطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء * وش قوله رضى الله عنه لا يوطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها منع من وطئها الا مع هذه الشروط وهذا يقتضى أن كل بيع لا يشبه هذه الشروط فاسد لان ملك اليمين يبيع الوطء ان لم يمنع من ذلك مانع بجمرة أو غيرها فان لم يبيع ذلك بوجه لم يكن ملكا تاما ووجه فساد العقد ان ما يشترط

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا يوطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء

البائع على المشتري في البيع على ضربين أحدهما لا يقع إلا بعد انقضاء ملك المبتاع للبتاع كبيع العبد أو الأمة واشترط الولاء قبل هذا الشرط لا يثبت ولا يفسد العقد لأنه قد سلم فيه الملك من حق البائع فلم يؤثر فساد في البيع وشرط عليه ما لا يملكه المبتاع فلا يثبت الشرط (مسئلة) والثاني أن يشترط عليه في البيع ما يقع في مدة ملك المبتاع للبيع وذلك على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط البائع في المبيع منفعة لنفسه والثاني أن يشترط على المبتاع إيقاع معنى في المبيع والثالث أن يشترط عليه منعه من تصرف عام أو خاص فأما إذا اشترط منفعة في المبيع فمثل أن يبيع دارا ويشترط سكناها أو دابة ويشترط ركوبها أو غلاما ويشترط خدمته أو ثوبا ويشترط لبسه أو شيء آتى ذكره إن شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الضرب الثاني وهو أن يشترط المبتاع إيقاع معنى في المبيع فعلى وجهين أحدهما أن يشترط إيقاع معنى من معاني البر والثاني أن يشترط ما ليس برا فأما الأول مثل أن يشترط عليه في العبد العتق أو التدبير أو في الأمة الاستيلاد فإن ذلك ينقسم على قسمين أحدهما أن يشترط عليه من ذلك ما يتعجل مقصوده كالعتق المعجل والقسم الثاني أن يشترط عليه ما يتأجل مقصوده كالاستيلاد والتدبير والعتق المؤجل والكتابة فأما اشتراط العتق المعجل وما يتعجل مقصوده باثر العقد فهو جائز لعدم عن الفرر وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع الرقيق بشرط العتق والدليل على ما نقوله أن هذا يبيع بحجب به العتق فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع الآبق من أبيه (مسئلة) فإذا ثبت ذلك فإن أراد المبتاع التمسك بالعبد وأمتنع من انفاذ العتق فاختلف أصحابنا في ذلك فقال أشهب يجبر على العتق وقاله ابن كنانة في المدينة وزاد ولورضى البائع بذلك لم يكن له ذلك ولم ينتفع بقول البائع في هذا ويعتق عليه قال ابن القاسم إن كان اشتراه على إيجاب العتق فهو حر وإن كان اشتراه من غير إيجاب عتق لم يجبر على عتقه وجه ما قاله أشهب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا قد عود على العتق فهو مأثور بان يفي به ومن جهة المعنى أن هذا شرط جائز اشتراطه البائع في المبيع فلم يكن للبتاع نقضه كما لو شرط فيه استخدام يوم أو يومين ووجه قول ابن القاسم أن العتق ليس بحق للبائع فليس له الخيار على ابتداء إيقاعه كما لو لم يشترط ذلك (فرع) والإيجاب عند ابن القاسم أن يقول إن اشتريته منك حر وإن لم يقل ذلك وإنما شرط أن يستأنف عتقه بعد كمال ملكه فليس بإيجاب فإذا قلنا في ذلك برواية ابن القاسم فإن شح البائع فوجد العبد لم يفت كان بالخيار بين أن ينضيه للبتاع دون شرط وبين أن ينقض البيع وقد تقدم من قول ابن كنانة ليس للبائع ترك العتق وإن كان قد فات فله الرجوع عليه بما وضع له من الثمن بسبب الشرط * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى هذا عندى أن يقوم بهذا الشرط ويقوم دونه ويرجع من الثمن بما بين القيمتين وبما ذكر يفوت هذا العبد قال ابن القاسم تفيته حواله الأسواق بما زاد وقال أصبغ لا تفيته حواله الأسواق ولا التغير اليسير في البدن (مسئلة) وأما ما يتأجل مقصوده كالتيديز والوصية بعتقه أو الكتابة فإن الشرط يبطل ويبطل العقد لم يفت ووجه ذلك أنه أجل المقصود من المستثنى في العبد إلى أجل بعيد فوجب أن يبطل البيع كما لو شرط أن يستخدمه يوما بعد عام

(فصل) وأما أن شرط على المبتاع إيقاع ما ليس به مثل أن يشترط عليه بيعها أو إخراجها إلى بلد معين أو يشترط عليه المنع من التصرف فيها مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعها أو لا يهبها ولا يتصدق بها ولا يشتري أو لا يستخدم خدمة معينة فهذا كله لا يجوز فإن وقع فقد روى محمد عن مالك يبطل

البيع الا أن يترك المشتري ما شرط و روى ابن نافع عن مالك ليس له اسقاط الشرط و يفسخ العقد ما لم يفت و روى داود بن جعفر عن مالك في المدنية لا يجوز ذلك في شيء من السلع لما يحدث في ذلك من الدين والحاجة تنزل بالمبتاع و وجه ذلك ما قدمناه فلذلك كان عبد الله بن عمر يقول لا يبطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء أمسكها وان شاء وهبها لانه اذا لم يكن له التصرف فيها بذلك كله فلكه عليها غير صحيح فلا يجعل له وطؤها بملك اليمين الا انه اذا لزمته القيمة فيها بالفوات جاز له وطؤها حينئذ لانه قد تقرر ملكه عليها فان وطؤها قبل أن تفوت عنده ويصح ملكه عليها كان ذلك فوتا للبيع الفاسد على ما سنده كره بعد هذا ان شاء الله (مسألة) ومن ابتاع جارية فقال له أبو الجارية ابتعها وأنا أعينك في ثمنها بكذا وكذا دينارا على أن تحبسها ولا تبيعها فأخذ ذلك من أبيها ثم ابتاعها على هذا الشرط قال البيع قد سلم مما يكره وان أراد أن يبيعها رد على أبيها ما أخذ منه قاله ابن كنانة في المدنية و رواه عيسى عن ابن القاسم ص * قال مالك فممن اشترى جارية على شرط أن لا يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه ذلك من الشروط فانه لا ينبغي للمشتري أن يبطأها وذلك انه لا يجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لا يملك منها ذلك فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه فيها ما ملكه بيد غيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها * ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية على شرط من هذه الشروط فان ملكه لم يتم فيها والبيع مقتضاه الملك التام فاذا شرط عليه فيه ما يمنعه صحة الملك وحب أن يفسده كاشتراط عدم التسليم ولا يلزم على هذا العتق فان العتق اذا كان معجلا لم يكن له الوطء وان كان مؤجلا لم يجز العقد وقد تقدم بسط القول في ذلك كله (مسألة) وهذا ان شرط أن لا يبيعها جلة وأما ان شرط أن لا يبيعها ولا يهب ولا يعتق حتى يعطيه الثمن فقد روى داود عن مالك في المدنية أن ذلك جاز في العبد والوليدة وسائر السلع وله أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل و روى ابن المواز عن مالك جواز ذلك في السلع وقال محمد وهذا في مثل الأجل القصير اليوم واليومين استحسان أيضا وأما ما طال أو الى غير أجل فلا خيره و روى ابن أبي زمنين عن علي بن زياد عن مالك لا بأس بذلك في العبد والأمة والوليدة وسائر السلع اذا كان الثمن الى أجل معلوم لانه بمنزلة الرهن وقال ابن القاسم في الموازية اذا اشترط في شيء من السلع أن لا يبيع ولا يهب حتى يقبض الثمن فلا خيره في هذا البيع وجه قول مالك ما احتج به من أن لها حكم الرهن اذا جاز له أن يرتهن غير المبيع جاز أن يرتهن المبيع مع أن المبتاع قادر على التصرف فيها بان يقضى الثمن ووجه آخر ان هذا بيع فجاز للبائع أن يمنع المبتاع من المبيع حتى يدفع اليه الثمن كبيع النقد ووجه قول ابن القاسم انه شرط بمنع المبتاع من التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب أن يمنع ذلك صحة البيع كالوشرط ذلك بعد الانتفاء (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد روى داود بن دينار عن مالك أن للبيع حكم الرهن للبائع أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل وان قلنا بقول ابن القاسم ففي العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فممن شرط ذلك في بيع سفينة يفسخ البيع ما لم يفت فان فات مضى البيع ولم يرد

(فصل) وقوله لا يجوز له أن يبيعها ولا يهبها يحتمل أن يكون مبنيا على أن البيع الصحيح لا يفت البيع الفاسد ويحتمل أن يريد أن الشرط يمنع من ذلك فهو ممنوع الا انه ان أوقعه فان به البيع كوطء الأمة

* قال مالك فممن اشترى جارية على شرط أن لا يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه ذلك من الشروط فانه لا ينبغي للمشتري أن يبطأها وذلك انه لا يجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لا يملك ذلك منها فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه فيها ما ملكه بيد غيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها

﴿ النهى عن أن يطاء الرجل وليدة ولهازوج ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أن عبد الله بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولهازوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقر بها حتى يفارقها زوجها فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها ﴿ ش قوله أن عثمان رضى الله عنه قال لا أقر بها حتى يفارقها زوجها يريد أن استباحة الوطء بالنكاح مقدم على استباحته بملك اليمين لأن الوطء مقصود النكاح ومقتضاه ولذلك لا يجوز أن ينعقد على من لا يستباح وطؤها وليس كذلك ملك اليمين فإن الوطء مقصوده ولذلك يجوز أن يملك من لا يحل له وطؤها ولذلك من كانت له أمة لهازوج لم يحل له وطؤها لأن الزوج املك باستباحة بضعها فخرمت على السيد

(فصل) وقوله ابتاعها بالبصرة ظاهره أنه إنما ابتاعها ذات زوج ويحتمل أن تكون ذات زوج حين الهدية وانها حين البيع لم تكن ذات زوج غير أن اللفظ في المعنى الاول أظهر وذلك يقتضى ان بيع الأمة لا يكون طلاقا وعلى هذا جماعة الفقهاء الا ما يروون عن عبد الله بن عباس انه قال بيع الأمة طلاق

(فصل) وقوله فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها يقتضى ان السيد لا يملك فسخ نكاحها لان الزوج قد ملك بضعها وسواء كان السيد هو العاقد أو غيره وانما أراد ابن عمر بمفارقة الزوج لها ان يستبيحها عثمان وذلك لا يكون الا بعد مفارقة الزوج لها وانقضاء عدتها منه فأرضاه بمال أعطاه اياه أو غيره على ان فارقها لان عصمة الزوج لا تزول عنها الا بوفاة أو طلاق أو فسخ وقد ذكرنا كل نوع من ذلك في كتاب العدة بما يغنى عن اعادته الا اننا نذكر منه هنا ما يتعلق بالاستبراء الذى يبيحها للسيد وذلك ان عدة الأمة في وفاة زوجها شهران وخمس ليال تخللها حيضة فان كانت عند السيد المبتاع لها من أول العدة أجزأه ذلك من استبرائها وان اشترأها في أثناء العدة فاستبرأوها أقصى الأجلين الحيضة أو انقضاء الأيام (فرع) وأما اذا ثبت ذلك وكانت براءتها في حقه الحيض أو بدله لمن تأخر حيضها على ما تقدم وذلك لمن ارتفع حيضها ثلاثة أشهر أو تسعة أشهر على الرويتين في ذلك ويعتد بهما من يوم الشراء ويدخل فيهما شهران وخمس ليال (مسألة) وأما الطلاق فلا يخلو أن يكون باعها غير زوجها أو يكون باعها زوجها فان كان باعها غير زوجها وقد طلقها الزوج فان كانت بقيت جميع عدتها وهي حيضتان فلا يستبيحها الذى اشتراها حتى تحيضهما لان ذلك حق الزوج وان كانت بقيت حيضة واحدة استباحها السيد بوجودها لان في ذلك تمام عدة الزوج واستبراء المشتري (مسألة) فان كان البائع هو الزوج فلا يخلو أن يكون أصابها بملك النكاح أولا ولم يصبها فان كان أصابها بملك النكاح ثم استبرأها ثم باعها قبل أن يصيبها بملك اليمين فالعدة فيها من وقت الشراء لان النكاح انفسخ بعقد الشراء وكم عدتها عن مالك في ذلك روايتان فالمشهور ان عدتها حيضتان وروى عنه حيضة واحدة والاول أصح لان عقد الملك يؤثر في عقد النكاح ولا يؤثر في الاصابة وانما يؤثر فيه ويزيل حكمه الاصابة بملك اليمين (فرع) واذا قلنا ان عدتها حيضتان فان كان المشتري من الزوج اشتراها قبل أن تحيض الحيضتين أو بعدما حاضت اجداهما في الحيضة الثانية ما ينقضى به استبرأؤها (مسألة) فان أصابها بملك اليمين ثم باعها فقد بطل حكم النكاح وصار حكمها حكم الاماء الاستبراء في حق البائع والمشتري (مسألة) فاما وضع الحمل فانه يكمل به الاستبراء وعدة الوفاة

﴿ النهى عن أن يطاء الرجل وليدة ولهازوج ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب أن عبد الله بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولهازوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقر بها حتى يفارقها زوجها فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها

والطلاق لا يترقب شيء عنده لان الاستبراء بالحيض والشهور انما هو من أجل توقع الحمل فاذا ظهر
الحمل فلا براءة الا بوضعه فاذا وضعت لم يتوقع غيره لانه قد يتقن بوضعه البراءة من غيره ص * مالك
عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف ابتاع وليدة فوجدها
ذات زوج فردها * ش قوله انه وجد الأمة ذات زوج فردها يقتضي أن ذلك عيب فيها وقد تقدم
ذكره وادخل مالك رحمه الله هذا الحديث في هذا الباب بمعنى ان الزوج يمنع السيد من الوطء وهو من
بعض العيوب التي تؤثر فيها الزوج

* ما جاء في ثمر المال ببيع أصله *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت
فثمرها للبائع الآن يشترط المبتاع نهى البائع والمشتري * ش قوله صلى الله عليه وسلم من باع
نخلا قد أبرت التأبير في النخل هو التلقيح قال صاحب العين أبرت النخل أو برها أو أبرها أو برتها القحها
وقال الخليل الأبر لقاح النخل يقال أبرها أو برها إذا القحها والتلقيح أن يؤخذ طلع ذكر النخل فيعلق
بين طلع الاناث وقال ابن حبيب التأبير أن يشق الطلع عن الثمرة وقال مالك قال الله تعالى وأرسلنا
الرياح لواقع فاذا تم اللقاح فسقط ماسقط وثبت ما ثبت فحينئذ تكون الثمرة للبائع باطلاق العقد
والتأبير على هذا أصلها للقاح فاذا القحت وانعقد النور فيها فيما ينور فقد تم اللقاح وثبت حكم التأبير
وإذا اشتق طلع قبل ابانه فتأخير تأبيره وقد أبر عنه ممن حاله مثل حاله فحكمه حكم ما أبر (مسئلة)
وما عدا النخل من سائر الأشجار فالتأبير فيه ما قدمنا ذكره وفي التين وما لا زمن له أن تبرز جميع الثمرة
عن موضعها ظاهرة وتتميز عن أصلها فهذا بمنزلة التأبير فيها لانه حينئذ يظهر ويتبين حاله وكثرته
وقلته والتأبير في النخل التي لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الابار في غيرها وأما الزرع فاباره أن يفرك في رواية
ابن القاسم وروى عنه أشهب ان اباره ظهوره من الارض وجه رواية ابن القاسم ان الثمر هو الجب
فوجب أن يكون ابارها بذهاب زهرها وانعقاد حبها ووجه رواية أشهب ان الأصل هو الارض
والذي ينفصل منه هو الزرع فوجب أن ينفصل عنه في البيع بالظهور كالثمرة مع الشجر
(فعل) وقوله صلى الله عليه وسلم فثمرتها للبائع يريد انها بمطلق العقد تكون للبائع وقال ابن أبي
ليلي هي للمشتري والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم فثمرتها للبائع الآن يشترطها المبتاع
ومن جهة القياس ان هذا ظاهر متميز فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة (مسئلة)
اذا ثبت انها للبائع بمطلق العقد فليس للمشتري اجباره على نقل ثمرته قبل أو ان جدادها وبه قال
الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والدليل على ما نقوله ان هذا استحفاف يحدد على أرض فيها زرع
للمستحق عليه فلم يجبر على نقله قبل أو انه كالشفعة (مسئلة) فان أبر بعضه دون بعض فلا يخلو أن
يكونا متساويين أو يكون أحدهما أكثرهما فان كانا متساويين فقد قال مالك ما أبر البائع وما لم يؤثر
للمبتاع وقال محمد بن دينار ما أبر تبع ما لم يؤثر وذلك كله للمبتاع وقال سحنون في العتبية عن ابن القاسم
يقال للبائع اما ان تسلم جميع الثمرة والافسخ البيع وان رضى المبتاع بالنصف وجه قول مالك ان
النخل مما يمكن تبغيضه ونماء كل شيء من ذلك متميز وقد تساوى فلم يكن أحدهما تبعاً للآخر فكان
لكل قسم حكم نفسه ووجه القول الثاني ان كان قاله في المتميز أن فضل الثمرة ومعرفة تساويهما
أمر يبعد فوجب أن يكون ما يجوز استثناءه تبعاً لما لا يجوز استثناءه (مسئلة) وهذا اذا أبر بعض

وحدثني عن مالك عن ابن
شهاب عن أبي سلمة بن عبد
الرحمن بن عوف ان عبد
الرحمن بن عوف ابتاع
وليدة فوجدها ذات
زوج فردها

* ما جاء في ثمر المال ببيع
أصله *

* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمران رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من باع
نخلا قد أبرت فثمرها
للبائع الآن يشترط المبتاع
نهى البائع والمشتري

التخل وبقى بعضها لم يثر بما اذا كانت التخل في حين تأييدها وكان بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل وكان في سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر فروى ابن حبيب ان ذلك للبائع وروى ابن المواز ان ذلك لا يجوز الا ان يشترط الثمرة المبتاع ووجه رواية ابن حبيب ان هذا معنى ينقل حكم الثمرة في جواز فصلها عن الأصل بالبيع فوجب أن يكون ظهور بعضه كظهور جميعه في ذلك الحكم أصله الازهاء ووجه رواية ابن المواز انه اذا كان المالم يثر بحكم يخالف حكم ما أبر وكانا متساويين ولم يكن أحدهما تبعاً للآخر لم يجز في ذلك مطلق العقد لانه لا يتميز به حق المبتاع من حق البائع ولا يجوز أن يشترط البائع نصيب المبتاع لانه لا يجوز أن يشترطه البائع مالم يثر بفلم يبق الا أن يشترط نصيب البائع لانه مما يجوز أن يشترط (مسئلة) فان كان أحد الأمرين أكثر فعن مالك في ذلك روايتان احدهما ان القليل تبع للكثير والثانية انه بمنزلة التساوى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا أن يشترطها المبتاع يريد فلا يكون حينئذ للمبتاع بمقتضى الشرط ولا تعلم في جواز ذلك خلافا اذا ابتاعها بغير الطعام والشراب فان ابتاعها بطعام أو شراب فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز أبرت الثمرة أم لم يثر بالأن يجدها قبل أن يفرقا قال محمد بن مسلمة في المبسوط ان ذلك جائز أبرت أم لم يثر مالم يتبدى صلاحها وجه القول الأول ان هذا طعام بطعام غير متجزئ القبض وانما راعى في فساد العقد ما يؤول اليه لا ما هو عليه حين العقد يدل على ذلك أن من اشترى قسيلا فخصمه قبل أن يصير فيه الحب صح شراؤه وأما ان أبقاه حتى صار حبا ففسد فيه البيع وروى فيه المال ولوروى فيه ما كان عليه يوم العقد لصح البيع ولم يفسد لانه لم يكن يوم شراؤه الا قسيلا أو عسبا ووجه القول الثاني ما خرج به محمد بن مسلمة ان الطلع بمنزلة جوار الخلة مالم يثر فاذا أبرت فداخل في عموم قوله فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع ولم يفرق بين ابتاعها بطعام أو غيره (مسئلة) وان اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من التخل مثل أن يشترى منه جميع التخل ويشترط نصف ثمرتها فقد قال مالك لا يجوز ذلك في الثمرة ولا في مال العبد وحلية السيف وروى سحنون عن أشهب جوازه في ثمرة التخل ومال العبد وجه قول مالك انه انما يجوز استثنائه على وجه التبع وأما أن يكون مقصودا فذلك غير جائز واذا استثنى بعض ذلك علم ان الثمرة مقصودة بالعقد فدلحقتها المغالبة والمكايسة ووجه قول أشهب ان ما جاز أن يشترط جميعه في العقد جاز أن يشترط بعضه كاصل آخر (مسئلة) فان لم يشترطه في حين العقد ثم أراد أن يلحقه بالعقد فقد اختلف أصحابنا فيه فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز في مال العبد وثمره التخل ورواه عنه ابن القاسم وروى أشهب عنه أيضا انه لا يجوز فيه ما وبه قال المخزومي وابن دينار وأجازة أشهب في الثمرة دون مال العبد ورواه أيضا عن مالك فاما اجازه ذلك بعد العقد فانه مبني على ان ما بعد العقد يلحق بالعقد وهذه المسئلة جائزة وان قلنا انه لا يلحق بالعقد فيجب أن لا يجوز هذه المسئلة ووجه التفرقة بين مال العبد وثمره الشجرة على رأي أشهب ان مال العبد ينتقل بكال العقد فيه دون شرط الى حالة لا يجوز استثنائه عليها في أصل العقد لانه ينتقل الى ملك البائع والثمره باقية على الحالة التي كان يجوز اشتراطها للمبتاع مع الأصل فلذلك جاز له أن يلحقها بالعقد (مسئلة) فان اشترى الأصل والثمره في صفقة واحدة ثم استحق الأصل فقد قال ابن حبيب ان كان ذلك في زرع فاستحققت الأرض فسخ البيع مالم يستحصل الزرع ولو استحصل قبل الاستحقاق ثم فيه البيع وهو للمبتاع وكذلك الثمرة في استحقاق الأجل ووجه ذلك عندى والله أعلم انه لم يعض على هذه الثمرة وقت وهى

فيه بصورة ما يفسد فيه البيع لانها كانت قبل بدو صلاحها بصورة ما يجوز بيعه لا اعتقاد المتبايعين أنها تتبع للأصل الذي بيعت معه فلما بدا صلاحها كانت بصفة ما يصح افراده بالبيع فلم يفسد معها استحقاق الأصل وافرادها منه ولو استحق الأصل قبل بدو صلاح الثمرة لفسد البيع فيها لانفرادها عن الأصل واستحالة البيع فيها على ذلك الوجه واما ذلك لان الاستحقاق يتناول الأصل دونها والله أعلم (مسألة) فان أفرد الثمرة بالشراء على الجذ ثم اشترى الأصل بعد ذلك فالله أن يترك الثمرة في الأصل حتى بدو صلاحها ووجه ذلك انه ملك الأصل والثمره جميعا على وجه صحيح سائغ فكانت له التبقية كما لو ملكهما في عقد واحد ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم اشترى الأصل لم يجزله أن يقر الزرع حتى بدو صلاحه لانه لم يملك فلا تسقط المحارصة بتلف الزرع وهو المعنى الذي من أجله منع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع كثرة الغرر وتكرار الجوائح والجهل بصفة المبيع حين القبض (مسألة) ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم اشترى الأصل لم يكن له أن يبقها لان العقد على الثمرة وقع فاسدا ولو ورث الارض بعد ذلك جازت له التبقية قال مالك ووجه ذلك ان الثمرة اذا فسخ البيع ردت اليه بحق الميراث

(فصل) فان كانت الثمرة غير مأبورة فانها بمطلق العقد للبائع وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هي للبائع والدليل على ما نقلوه ان الثمرة قبل الابار مستكنة في البيع من أصل الخلقة فكانت تبعا للأصل في البيع كالحل في البطن واللبن في الضرع (مسألة) ولا يجوز أن يكون للبائع بالشرط خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على صحة ما نقلوه ان هذا كامن لظهوره عامة فلم يكن للبائع بالشرط كالجنين

❦ النهي عن بيع الثمار حتى بدو صلاحها ❦

❦ النهي عن بيع الثمار حتى بدو صلاحها ❦
❦ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى بدو صلاحها ❦
❦ نهى البائع والمشتري ❦

ص ❦ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى بدو صلاحها نهى البائع والمشتري ❦ ش معناه حتى تزهي ومعنى الازهاء في ثمرة النخل أن تبدو فيها الحمرة أو الصفرة وهو النضج وبدو الصلاح وبذلك ينبع من العادة وذلك كله بعد ان تطلع الثمرات طلع الفجر في النصف الآخر من شهر ما به بالا عجمي قال ابن حبيب لثمرة النخل سبع درجات الطلع ثم ينفتح الزهر عنه وينبض فيكون اغريضا ثم يذهب عنه بياض الاغريض ويعظم حبه وتعلوه خضرة ثم يكون بلحا ثم تعلو الخضرة حمرة فيكون زهوا ثم يصفر صفرة فيكون يسرا ثم تعلو الصفرة كدرة وتنضج الثمرة فتكون رطبا ثم تيبس وتكون نمر او بدو صلاح التين أن يطيب وتوجد فيه الخلاوة ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه وكذلك العنب الاسود بدو صلاحه أن ينحو الى السواد وأ. ينحو أبيضه الى البياض مع النضج وكذلك الزيتون بدو صلاحه أن ينحو الى السواد وبدو صلاح القناء أن تنعقد وتبلغ القناء منه مبلغا يوجد له طعم وكذلك الفقوس قال ابن حبيب وأما البطيخ فليس بدو صلاحه الا اذا نضج اناحية الاصفرار والطياب وروى في العتية عن أصبغ عن أشهب بدو صلاح البطيخ أن يؤكل فقوسا قال أصبغ فقوسا قد نضج البطيخ وأما الصغار فلا وجه قول ابن حبيب ان بدو صلاح فيه انما هو على وجه ما يؤكل عليه ويوجد فيه الغرض المقصود منه ووجه ما قاله أشهب ان هذا بدو صلاح يؤكل عليه غالبا فاشبه بدو صلاح القناء (مسألة) وأما الموز ففي العتية من رواية أشهب وابن نافع عن مالك انه يباع اذا بلغ في شجره قبل أن يطيب فانه لا يطيب

حتى ينزع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه
ويبلغ أوله مبلغه إذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج فإنه إذا أزيل عن أصله قبل تنهايه فسد ولم
يتم نضجه (مسئله) وأما الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل فبدو صلاحها إذا استقل وتم وانتفع
به أو لم يكن في قلبه فساد وقصب السكر إذا طاب وهو أن يكبر فلا يكون فسادا والبراذيبس وكذلك
الفول والجلبان والحصى والعدس والورد وسائر الأنوار أن تنفتح كما هي ويظهر نوره والقصيل
والقضب والقرط إذا بلغ أن يرعى دون فساد
(فصل) إذا ثبت ذلك وإن نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها اختلف أصحابنا
في تعليل ذلك فقال محمد بن مسلمة إن الغرر موجود قبل بدو الصلاح وبعده ولكنه لا غرض
في شرائها قبل بدو الصلاح إلا مجرد الاسترخاء لا غير ذلك لأنها قد تسلم فترخص عليه أو يتلف
بعضها إذا كان أقل من الثلث فيكون غالبا وبعد بدو الصلاح له غرض في ذلك من الانتفاع بها
وأكلها رطبة فلذلك جاز هذا وعنى عن الغرر لاجله وقال غيره من أصحابنا إن الغرر قبل بدو الصلاح
أكثر وبعد بدو الصلاح يقل ويندر وكثير الغرر يبطل العقود ويسيره معفو عنه فيها إذا لم يكن
تسليمها منه (مسئله) إذا ثبت ذلك فالمنوع منه هو البيع المطلق دون اشتراط القطع وذلك
أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها يقع على ثلاثة أوجه أحدها أن يشترط القطع فهذا الخلاف في
جوازه لأنه باع ما لا غرر في بيعه ولا تدخله زيادة ولا نقص لجده إياه عقيب العقد والوجه الثاني أن
يشترط التبقية وهذا الخلاف في منعه إلا ما روى عن يزيد بن أبي حبيب في العرية ووجه منعه أن
المنفعة تقل في ذلك والغرر يكثر لأنه لا يكون مقصودا إلا ما يؤل إليه من الزيادة وذلك مجهول ولأن
الجوائح تكثر فيها فلا يعلم الباقي منها ولا على أي صفة تكون عند بدو صلاحها وأما إذا بدا صلاح الثمرة
فقد تنهاى عظمها وكثر الانتفاع بها وقلت الجائحة فيها والوجه الثالث اطلاق العقد فيها فالمشهور
عن مالك منعه وبه قال الشافعي وروى ابن القاسم في البيوع الفاسدة من المدونة جوازه ويكون
مقتضاه الجدوبه قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة في فصلين أحدهما أن اطلاق اللفظ يقتضى
التبقية والثاني أن البيع غير جائز والدليل على ما نقوله قوله نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وهذا اللفظ يقتضى النهى على الإطلاق لأنه لم يقيد ذلك بشرط قطع ولا غيره فان قالوا هذه
حجتنا لأنه قال حتى يبدو صلاحها وهذا يدل على أن البليح يجوز بيعه لأنه يقصد للكل والحصرم
يجوز بيعه لأن الحصرم يقصد للطبخ والجواب أن الحصرم لم يبدو صلاحه لأنه لا يستطاب أكله
الاستطابة المعهودة من الأكل المقصود ألا ترى أنه قال في حديث أنس الذي يأتي بعده هذا أنه صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل له يا رسول الله وما تزهي قال حين تحمر وجواب
نأن وهو أن العلة عندكم ليس هذا من بدو الصلاح ألا ترى أن سائر الفواكه يجوز بيعها على هذا
الوجه وإن لم يبدو صلاحها وجواب ثالث وهو أن هذا تعلق بدليل الخطاب وأتم تقولون به ونحن
فن أصحابنا من لا يقول به ومن قال به منهم فإنه يقول به ما لم يعد باسقاط النضج وههنا يؤدى إلى
اسقاط النضج لانا لو قلنا أن الحصرم يجوز بيعه لزمنا أن نقول مثل ذلك في سائر الفواكه لانه
أحد لم يفرق بينهما ولو قلنا ذلك لأبطلنا في سائر الفواكه حكم النطق فان قالوا تحمله على المنع من
بيع بشرط التبقية فالجواب أن اطلاق العقد يقتضى التبقية لأن المعهود من حال الثمرة أبقاها
على الشجرة إلى أن تنهاى وجواب ثان وهو أن هذا لا يصح على أصلكم لأنه لا يجوز بيعها بشرط

التبقيّة بعد أن يبدو صلاحها فلا توجد فائدة لتخصيصه ذلك بما قبل بدو الصلاح فان قالوا المراد بقوله حتى يبدو صلاحها حتى تظهر الثمرة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت اذا منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه وما توجود لا يقال فيه اذا منع الله فالجواب ان هذا ننقله عليكم وهو انه صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الثمار وما لم يوجد لا يسمى ثمارا وجواب ثان وهو انه قد فسر هذا في حديث أنس فقال حين يحمر وجواب ثالث وهو انه يقال منع الله الثمرة بعد وجودها بمعنى انه منع الانتفاع بها فان قالوا يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما قال هذا على وجه النصيحة والمشورة لا على وجه التحريم والاخبار عن الشرع يدل على ذلك ما روى سليمان بن أبي خثمة عن زيد بن ثابت قال كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جاء من الناس وقت تقاضيم قال المبتاع قد أصاب الثمر الدمار وأصابه فساد وأصابه مراض عاهات يعجبون بها فلما كثرت خصومتهم عند النبي صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كالمشورة يشير بها فلا تباعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها لكثرة خصومتهم واختلافهم والجواب ان الذي روى ابن عمر النهي عن ذلك والنهي يقتضي التحريم فلا يعدل عن مقتضاه الا بدليل وأما ما أورده فهو تأويل من زيد فلا يرد به ظاهر نهى النبي صلى الله عليه وسلم وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أشار بذلك أولا ثم حرّمه لهذا المعنى وجواب ثالث وهو ان هذا التأويل لا يصح على أصلكم لأن بيعه على الاطلاق انما يقتضي عندكم الجود والتبقيّة فيه محرمة وهذا يمنع من أن يكون نهيه على وجه المشورة ويوجب أن يكون على التحريم والدليل على ذلك ما روى اسحق ابن أبي طلحة الأنصاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والخجارة قال صاحب العين المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه والخجارة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة نامية أفردتها بالبيع عن أصلها قبل بدو صلاحها من غير شرط قطعها فلم يصح بيعها كالموابعها بشرط التبقيّة (مسئلة) ولا يباع الزرع اذا أفرك ولا الفول اذا اخضر ولا الحص والجلبان الا بشرط القطع لأن بدو منفعة المقصودة اليبس واستغناؤه عن الماء وانما يؤكل البلح وعلى هذا حكم الجوز واللوز والفسق عندى والله أعلم وأحكم (فرع) فان بيع الفول أو الخنطة أو العدس أو الخوص على الاطلاق قبل يسه وبعد ان أفرك فقد قال ابن عبد الحكم يفسخ فيه البيع ويرد وحكمه حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يفوت باليبس ويمضى البيع ولا يرد وقال في المدونة أكره أن يعمل به فاذا عمل به وفات فلا يرى أن يفسخ وتأول الشيخ أبو محمد هذا على معنى تفوت بالقبض وروى ابن المواز عن مالك ان نزل لم أفسخه وظاهره يقتضى أنه يمضى بنفس العقد (مسئلة) وأما اذا بدا صلاح الثمرة فانه يجوز بيعها وذلك بان يبدو صلاحها في نخلة منها فان كانت تلك النخلة في جهة واحدة فيجوز بيع ذلك النصف كله لأنه لو روى في ذلك بيع ما بدا صلاحه دون غيره لم يصح ذلك لتفاوته والحققة المشقة المفرطة فيه ولا تمنع بيعه الا عند انقضائه وهو وقت فوت بيعه واستغنائه المشتري عنه وكذلك اذا بدا صلاح نوع جاز بيع سائر أنواع ذلك الجنس مما يقرب منه في بدو الصلاح وان لم يبدو صلاح تلك الأنواع قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان طبيبا متابعيا ولم يكن مبكرا والمراعى فيه بلوغ الزمن الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبا ومعنى ذلك أن لا تكون تلك الثمرة خارجة عن عادة غيرها فان من الشجر ما يتقدم نوع منه سائر الأنواع في الطيب بالمدة

الطويلة ويتأخر عن سائرهم بالمدة الطويلة فلا يجوز بيع المتأخر بظهره وصلاح المتقدم كما لا يمنع تأخير المتأخر مع المتقدم كالعنب الشتوي والصيفي لا يباع الشتوي ببدو صلاح الصيفي لأن عاداتهما متفاوتة في بدو صلاح كالجنتين وكذلك إذا ندر من الشجرة الواحدة الحبة الواحدة فقد ينذر ولا يتلاحق بها من ذلك الجنس شيء فإن تلك الحبة لا حكم لها حتى يتقارب صلاح غيرها فإن كانت الشجرة تطعم بطنين في السنة فالظاهر من المذهب أنه لا يجوز أن يباع الآخر ببدو صلاح الأول رواه في العتية ابن القاسم عن مالك وفي المبسوط أنه إذا كان طيها متتابعاً لا ينقطع الأول حتى يدرك الآخر فلا بأس ببيعهم ما جيعا بطيب الأول وجه القول الأول أن لبطن الثاني ثمرة لم يبد صلاحها ولا بلغت أبان بدو صلاحها فلم يجز بيعها كالمفردة وجه القول الثاني أنه إذا اتصل بحكمه حكم الثمرة الواحدة في صحة البيع كالمقاي (مسئلة) ولا يباع جنس من الثمر ببدو صلاح جنس آخر خلافاً لـ الليث بن سعد والدليل على ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وحتى تزهر وفيل وما تزهر وقال حين تحمر وروى عنه أنه قال في العنب حين يسود فاعتبر في كل جنس صفة لا توجد في غيره ومنع من بيعه حتى توجد تلك الصفة فيه وهذا يمنع اعتباره بعده ودليلنا من جهة المعنى أن منع الثمرة حتى يبدو صلاحها إنما هو لتؤمن عليها العاهة ولتكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها وقد علم تفاوت أجناس الثمار في الطيب فإذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر إبانها عن إبانها وإذا علم صفة بعضها ببدو صلاحها لم يعلم بذلك صفة غيرها ما لم يبدو صلاحها فيها (مسئلة) إذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع جميع ذلك الحائط وحاز بيع ما حوالة من الحوائط وما يكون حاله في التبكير والتأخير خلافاً لمطرف من أصحابنا والشافعي في قولهما لا يباع بطيها غير حائطها والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة بدا صلاحها فجاز أن يباع به ما حوّلها كما لو لم يفصل بينهما بما يجدار

(فصل) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز بيع الثمرة التي بدا صلاحها على الإطلاق ولا خلاف في ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها بشرط التبقية والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة جاز بيعها على الإطلاق فجاز بيعها بشرط التبقية أصل ذلك إذا قال أبتاعها منك على أن أقبضها غداً (مسئلة) لا خلاف أنه لا يجوز أن تفرد الحنطة في سنبلها بالشراء دون السنبل وكذلك الجوز واللوز والباقل لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الجزاء مادام فيه وأما شراء السنبل إذا بيع ولم ينفعه الماء فجائز وكذلك الباقل والجوز وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك والدليل على ما نقوله ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهر وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهات نهى البائع والمشتري وهذا على طريق القاضي أبي بكر في تعلقه بدليل الخطاب في الغاية ودليلنا من جهة القياس أن ما جاز بيعه بعد الفرق جاز بيعه قبل الفرق كالشعير (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز بيعه قائماً قبل حصاده إذا بيع جميعه أو أكثره رواه ابن المواز عن مالك وروى القاضي أبو اسحق عن مالك أنه يجوز بيعه في أنادره وقبل درسه وروى عن ابن نافع أنه لا يجوز بيعه إلا إذا كان حزم ما يرى سنبله وينظر إليه ووجه قول مالك أنه لم يتغير عن الصفة التي كان عليها قبل الحصاد وقد أجمعنا على أنه يجوز بيعه جزاء قبل الحصاد وأنه يتأتى حرره على ذلك فكذلك بعد الحصاد وقبل تغييره بالدرس ووجه آخر أن الحصاد معنى لا يتوقع معه إضافة شيء إلى الزرع يمنع صحة تقديره وتساوي المتبايعان في معرفته

فلم يمنع ذلك صحته ببيع جزافا أصل ذلك إذا أمالته الریح ووجه قول ابن نافع ما احتج به من أن هذه الصورة التي يمكن عليها حزره وأما إذا كان يخفى سنبله أو بعضه فلا يمكن حزره لخفاء المطلوب منه ولذلك حوزنا الخرص في النخل والأعناب لما كانت ثمرتها ظاهرة يمكن ذلك فيها ولا يخرص الزبيب لأن ثمرته مستورة في أوراقه (مسئلة) ولا يجوز بيعه بعد درسه وروى ذلك عن مالك القاضي أبو اسحق في مبسوطه ووجه ذلك أنه قد صار على حالة لا يتأتى حزره ولا يؤمن من إضافة التبن إليه فلم يجز بيعه كما لو صفاه ثم أضاف إلى حنطته تبنًا وهذا كله في الجزاف وأما بالكيل فلا خلاف في جواز ذلك لأن المقدار معروف بالكيل والصفة معروفة بفرك بعضه والنظر إليه ص **عن** مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقبل له يارسول الله وما تزهي فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمرة فبهم يأخذ أحدكم مال أخيه **ش** قوله نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي يقال أزهي الثمر إذا بدا صلاحه والزهو النور والمنظر الحسن ويحفل أن يكون مأخوذًا منه لأنها حينئذ يحسن منظرها ويكمل حسنها فان قيل هذه لفظة عربية فكيف تخفى على من معه من العرب حتى يسألوه عنها فالجواب أن ذلك يحفل وجهين أحدهما أن تكون لفظة لبعض العرب دون بعض فسأل عنها من ليست من لغته والوجه الثاني أن تكون لفظة مستعارة لها من حسنها في ذلك الوقت وجمال منظرها كما قال صلى الله عليه وسلم يوم حنين الآن حي الوطيس وغير ذلك من الألفاظ المستعارة فكأنه قال حتى تحسن الثمرة فاحتاج السائل أن يسأل عن جنس الحسن الذي يبيع بيعها فأخبره أن زهاءها حسنًا يحمرتها وقوله حتى تحمر يعنى والله أعلم تظهر على خضرة البلاح حرة وهو أول ما يتغير لونه البلاح إلى الحرة فذلك هو الزهاء ثم يكون منه ما يصفرو منه ما يستكهم حرته ويكمل في جميعه فيكون بسرا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمر يريد منع قبضها واستيفاءها على الوجه المعروف المعتاد للاقتيات والادخار والأكل المعتاد لأن أخذه على غير ذلك الوجه فساد واتلاف للثمره أو نادر لمنفعة غير مقصودة فشرء المشتري أنما يقع على المعتاد من أكل الثمرة وهو أكلها رطبًا أو تمرًا فان منع الله الثمرة قبل ذلك لم يكن للبائع أن يأخذ الثمن من المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم إذا منع الله الثمرة فبهم يأخذ أحدكم مال أخيه فاقضى ذلك أنه لا يجوز له أخذ مال أخيه إذا منع الله الثمرة فلما كانت العاهات تكثر وتكرر قبل الزهاء منع ذلك صحته ببيعها وفي هذا دليل على أن المنع إنما توجه إلى البيع الذي لم يشترط فيه القطع لأن ما اشترى على القطع لا يمنع آفة فلم يتوجه إليه المنع فعلى هذا الغرر المتوقع في المبيع على ثلاثة أضرب ضرب يكثرو ويكون هو الأغلب فهذا يمنع من صحة العقد جلة كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح على وجه يقتضى التيقن وضرب لا يبلغ هذا المبلغ من الكثرة والتكرار لكنه يكون معتادا ولا يمنع صحة العقد ولكنه يمنع النقد كحال الأمة في عهدة الثلاث ومدة المواضعة وضرب ثالث ثقل ويندر فلا يمنع صحة العقد ولا اشتراط النقد كالجنون والجذام في عهدة السنة والجامحة بعد بدو الصلاح في الثمرة وروى القاضي أبو اسحق عن محمد بن مسلمة أنه فرق بينهما بعد هذا وقال إن يبيع الثمرة قبل بدو الصلاح غرر لا فائدة فيه لأنه لا ينتفع المبتاع بها فلا يقصد إلا مجرد الغرر وأما بعد بدو صلاحها فانه قصد الانتفاع بها وذلك يرفع فساد الخوف من اتلافها والذي قدمناه أولى لما روت عمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى

* وحدثني عن مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقبل له يارسول الله وما تزهي فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمرة فبهم يأخذ أحدكم مال أخيه

تجوع من العاهة فجعل ذلك نجاء من العاهة لعله تسكرها فيها كما يقول لمن نجى من غرق البحر أو قتل العدو نجى فلان من الموت بمعنى أنه انتقل من حالة لا يكاد يسلم فيها إلى حالة يقل فيها العطب ص
 * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تجوع من العاهة قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر * ش قوله صلى الله عليه وسلم حتى تجوع من العاهة يريد عليه السلام والله أعلم حتى يقل ذلك فيها ويندر وقول مالك أن يبيع الثمار قبل بدو صلاحها من الغرر يريد لما نهى عنه صلى الله عليه وسلم من منع ذلك بسبب العاهات المتكررة عليها في أكثر الأعوام وإذا كان من الغرر وجب أن يكون بيعه غير جائز ص * مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا * ش معنى ذلك والله أعلم على ما تقدم أن طلوع الثريا مع الفجر إنما يكون في النصف الآخر من شهر مايه وهو شهر ايار وفي ذلك يبدو صلاح الثمار بالحجاز ويظهر الازهاء فيها وتجو من العاهة في الأغلب في ذلك الوقت يجوز بيعها فيه دون ما قبله وتختلف العبارات فيما يبدو به ما يمنع من البيع ويميز ما يباع فتارة يميز ويفسد بالازهاء وتارة بأن تجو الثمرة من العاهة وتارة تطلع الثريا غير أن تحديد ذلك بالازهاء وبأن تجو من العاهة يتعقبه الجواز على كل حال وأما طلوع الثريا فليس بحديث يميز به وقت جواز البيع من وقت منعه وقدرى القعني عن مالك في المبسوط أنه قال ليس العمل على هذا ومعنى ذلك عندي أنه لا يباح بيع الثمرة بنفس طلوع الثريا حتى يبدو صلاحها وإنما معنى ذلك في الحديث أنه كان لا يبيع إلا بعد طلوعها وليس فيه أنه لم يكن يبيع ذلك بعد طلوع الثريا إلا الازهاء والله أعلم وقدرى عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن أهل البلد والله أعلم والنجم الثريا وهذا الحديث لم أره وقد وجدته على حسب ما أوردته ولم أره من طريق صحيح والله أعلم وأحكم ص * قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر أن يبيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فإذا دخلته العاهة بجانحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه
 أن يبيع القثاء إذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه إلى آخره فإن ذلك جائز لأن صلاح تلك الثمرة قد بدا فباقيها تبع لها لأن هذا حكم يتبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتي بعده منه وهذا حكم الخربز وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتي بعضه دون بعض ولا يتميز أوله من آخره وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة لا يمكن حبس أولها على آخرها فجاء أن يباع ما لم يبدو صلاحه بما بدا صلاحه كالتين والخوخ (فصل) وقوله ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره يريد في القثاء والبطيخ وما ليس له أصل ثابت مما يحدث شيئا بعد شيء ولا يتميز ووجه ذلك عندي أنه إنما يشتري ثمره على المعروف من حال مثله في قوة نباته ونعومته وطيب أرضه وما عرف من نجاته مثل هذا فإذا اشترى الأصول على هذا كان له ما يخرج منها إلى آخر وقتها ولا يلزم على هذا أن يقال لو تعلق البيع بأصلها لما حرم بيعها قبل بدو صلاح نباتها ولجاز أن تباع قبل أن يبدو ذلك منها كما يجوز ذلك في النخل وسائر الشجر لأن النخل والشجر لها أصل ثابت باق ولذلك تتبع الأرض بمجرد العقد ووجه آخر وهو أن المقصود

* وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تجوع من العاهة * قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا * قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر أن يبيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فإذا دخلته العاهة بجانحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه

من شراء المقائي ثم ثمرتها لان سائرهما لا قيمة له والشجر المقصود من سائرهما الأصل وفي الغالب معظم
الثمرة لها وان كان بعض الثمرة لها فلها القيمة الكثيرة (فرع) وبيان ذلك ان ما يبيع من هذا على
ثلاثة أضرب ضرب تتميز بطونه ولا تتصل كشجرة التين والخبيل والياسمين والتفاح والمان
والجوز وضرب ثان تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقصب والقرط وضرب ثالث لا يتميز بطونه
كالقائي والباذنجان والقرع فأما ما تتميز بطونه ولا تتصل فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه
بظهور ما ظهر منها وبدو صلاحه وحكم كل بطن منها يختص به وأما ما تتصل بطونه وتتميز فان اطلاق
العقد يتناول ما ظهر منه دون ما لم يظهر وتكون خلفته لمن له أصله وذلك انه انما يباع منه ما جرت العادة
بأخذه من عينه ولم يتبعه أصله ولذلك لا يجوز له تبقيته الى أن يبدو صلاحه فان اشترط المبتاع خلفه
فهو لا يجوز ذلك عن مالك فيه روايتان حكاهما ابن المواز عن أشهب عنه احدهما انه قال في القرط
يجوز ذلك اذا كان لا يختلف وقال في موضع آخر فان كانت خلفته تختلف فلا أحب اشتراطها
والرواية الثانية انه قال ما هذا عندي بحسن لانها تأتي مختلفة وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان
معنى قوله تختلف خلفته أن تثبت مدة ولا تثبت أخرى ولنظ أشهب يقتضي الاختلاف في صفتها
وانما يجوزنا اشتراط الخلفة على رواية الاباحة لانها مستندة الى الأولى التي قد جاز بيعها ومتصلة كما
اشتمت من ثمرة التين والتفاح وسائر الثمار ما هو صغير لا يجوز بيعه اذا انفرد الى ما قد بدا صلاحه وكما
يجوز بيع ما لم يظهر من القياء والباذنجان مع ما قد ظهر منها ووجه الرواية الثانية ان هذا شراء
لم يوجد وينفصل مما وجد فلم يجز شراؤه بشرائه كما لا يجوز شراء ثمرة نخل في عام مع ثمرته في عام قبله
(فرع) فاذا قلنا برواية الجواز فانما تجوز اذا كانت الخلفة مأمونة قال ابن حبيب ولا تكون
مأمونة الا في أرض السقي وتجوز أصحابنا ذلك في القرط والقصب الذي لا يكاد أن يكون الا بمصر
دليل على جوازه في أرض السقي وانما يراعى في ذلك أن تكون أرضا مأمونة على الخلفة ولعل ابن
حبيب انما وصف بذلك أرض بلاد الأندلس والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز
أن يشترط من الجزر ما يعلم انه ينتهي اليه ذلك النبات واحدة أو خمسة أو أكثر من ذلك مما لا يخاف
اختلافه ولا اختلافه لان ذلك يتميز ويمكن تقديره بعدد الجزر والبطون فان اختلف بعد ذلك أو قصر
عن الصفة في المبسوط وكتاب ابن المواز عن مالك ان البائع يرد على المشتري بقدر ذلك قال محمد
ابن مسلمة والبقول في ذلك كله بمنزلة القصب ووجه ذلك أن ينظر الى قيمة الجزرة الأولى والثانية
التي استوفيت وقيمة التي اختلفت يوم العقد على أن يقبض في ابائها كل واحدة منها فيقبض الثمن
على قيمتها فما اصاب التي اختلفت رده البائع على المشتري (فرع) وهل يجوز بيعه حتى يبقى
جزرة في كتاب ابن المواز لا شهب عن مالك لا يجوز ذلك وانما يباع عدد جزره وفي كتاب ابن حبيب
اذا اشترط المبتاع الخلفة كانت له كلها وان كانت خلفه بعد خلفه وهذا يقتضي أن له ما ثبت الى أن
يفنى ووجه قول مالك ان أصله باق على ملك صاحبه فلا يجوز أن يشتري الى انقضاء عمرته كالنخل
والشجر ووجه قول ابن حبيب ان هذه بطون متصلة فجاز اشتراط جميعها كالمقائي والصحيح في
هذا أنه ما كان ابانه ينتهي اليه ويبطل الأصل جاز اشتراؤه الى انقضائه وما كان على غير ذلك لم يجز
والله أعلم وأحكم (مسألة) وأما الجوز فقال محمد بن مسلمة يباع سنين كالألبان الغنم اذا ولدت شهرا
أو شهرين وروى ابن نافع عن مالك انه قال لا أحب ان يباع ما يخرج منه أكثر من سنة بالزمن
الطويل ولا يصح ذلك عندي الا أن تكون بطونه متصلة في مثل هذه المدة وغيرها ولا يتقدر بالتمام

لبقاء أصله فان كان يقيز كل بطن من الآخر ويتصل فيصح شراؤه بعدد البطون وان كان يتصل ولا يتميز فعناه أن يتقدر بالزمن كالمياه وألبان الغنم (مسئلة) وأما الجز في كتاب ابن المواز عن مالك ان كان نباته متصلا فهو مثل المقائي وان كان منفصلا فقال مالك لا خير فيه والسدر كذلك ومعنى ذلك أن كل بطن ينفصل مما قبله فلا يجوز أن يباع ببطن آخر وان كانت بطونها متصلة فهو بمنزلة المقائي في جواز بيعه مالم يظهر منه مع ما ظهر ويقدر ما يباع منه بالزمان فاما أن يباع الى ثمرة الأصل فلا يجوز ذلك ولا يكون في ذلك بمنزلة المقائي

(فصل) وأما ما لا يتميز بطونه كالقضاء فانه لا يجوز أن يباع بطونها مقدرة لانها لا يصح أن تتقدر واذا لم يكن له أصل ثابت فلا يصح أن يتقدر بالزمن لان انقضاء أمره يقرب وهو أين فيما يقار به ووجه آخر علل به أصحابنا وهو انه يتأخر بالبرد ويتعجل بالحرف فيدخله الفرر والجهل بالعقود عليه (مسئلة) فان أراد المبتاع تبقية الأصل وطالبه البائع بقلعها رجع في ذلك الى عرف الجهة وما جرت عادتهم به فحملوا عليه وليس في ذلك توقيت بشهر ولا أكثر من ذلك ولا بمدة محصورة من الزمان كالثمرة تشتري بعدد وبالصلاح فان الرجوع في بقائها في أشجارها الى العرف والعادة ولا يتوقت بمدة من الزمان مقدرة لان التعجيل والتأخير يدخلها بافراط الحر والبرد ولكل شئ من ذلك مقدار معروف

(فصل) وقوله بذلك معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة وقطعت ثمرة قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا كان ذلك فهو موضوع عن الذي ابتاعه يريدان لما يبيع من هذه المقائي عند الناس أوقانا معتادة اذا سلمت ينتهي اليها وتقوم ثمرتها طول مدتها على حسب ما عرفوه واعتادوه من ذلك فان بلغت الثمرة وانصلت اليها فقد سلم المبيع للبتاع ووجب للبائع جميع الثمن وان قصرت عن ذلك الثمرة وانقطعت قبل المعروف من وقتها فاما يكون ذلك بعاهة فلم تسلم جميع الثمرة الى من ابتاعها فيوضع ذلك عن المبتاع اذا بلغ الثلث فأكثر وسند كره هذا مستقصى في الجوانح ان شاء الله تعالى ولا يلزمنا على ما أصلناه أن يقال لو كان الأصل تبعا للثمرة لما كانت فيه جائحة كالثمرة اذا بيعت مع أصل النخل لان ابن حبيب روى عن أصبغ ان ما عظم ثمنه من الثمرة فأصابته جائحة يقصر الثمن على الثمرة والأصل فتوضع الجائحة لانه يزيد في الثمن من أجلها فكيف بثمرة المقائي وهي المقصودة بجميع الثمن ولو سلمنا على قول سائر أصحابنا في النخل فقد قال ابن القاسم في العتية في الفول والجلبان ما يبيع منها أخضر فلا نوضع فيه جائحة حتى تبلغ الثلث ويرد الى أصله ومعلوم أن الجلبان الأخضر لا يجتنى الا بأصله

﴿ ما جاء في بيع العرية ﴾
حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر عن زيد بن ثابت
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أرخص لصاحب
العرية أن يبيعها بخمر صها

﴿ ما جاء في بيع العرية ﴾

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخمر صها ﴿ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها مطلقا رخصة عند الفقهاء يقتضي أن يخص بعض الجملة المحظورة بالاباحة ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه وجعلوا له باطلاق اسم الرخصة عليه حكما مفردا ولا يجوز أن يعدى الى غيره حتى انهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه وليس هذا بصحيح والصواب أن ينظر الى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع فان كانت علة واقعة قصر الحكم على موضعها وان

كانت متعدية عداه وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت وبالله التوفيق ومعنى اطلاقهم عليها اسم
الرخصة أن زيد بن ثابت روى عن النبي صلى الله عليه وسلم منع بيع الرطب بالتمر وروى عنه اباحة
ذلك على وجه الخرص في العربية رواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا تبعوا التمر حتى يبدو صلاحه ولا تبعوا التمر بالتمر قال سالم وأخبرني عبد الله عن زيد
ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العربية بارطب أو بالتمر ولم
يرخص في غيره فنخص العربية بهذا الحكم دون سائر المبيع من الثمار والمعنى المبيع لذلك ضرورة
الشركة إذا كان أصلها العربية وهذا المعنى وإن كان ورد بلفظ البيع ففيه معنى من البيع وذلك أن
المعري إذا خرصت عليه العربية له أن يبيعها أو يأكلها ويصنع بها ما شاء ويعطيها غيره وانما معنى ذلك
في الحقيقة معنيان أحدهما إزالة ضرر الشركة لأن غالب أحوال الناس وأهل الحوائط الانفراد
ببيعهم وذريتهم في حوائطهم وجمع ما يسقط منها أو كل ثمرها رطبه ويابسها فإذا أعري نخلة من
حائطه امتنع عليه الانفراد فيه بأهله وذريته لأن للمعري أن يقيم مع عريته أو يمتنع مع ذلك على
المعري وعلى من معه من أهل وولد لا ينسأطهم في الجمع والأكل مما يسقط الأبعد التحفظ من العربية
فيؤدي ذلك إلى المشقة إلى ما يمنع من الأعداد في عام آخر ووجه آخر وهو أن المعري إذا أعري
نخلة أن احتاج من مراعاتها وجمع سواطها وحفظها وسقيها والعمل عليها لزمه في ذلك من المشقة
أكثر من قدر قيمتها فيؤدي ذلك إلى أن لا ينتفع بعد من جميع ما يكون فيه وترك التحفظ من ثمرة
الغير ويحتاج المعري إلى من يكفيه ما يلزمه في عريته مما ذكرناه فجاز لهذا المعنى أن يخرص على
المعري ويكون عليه خرصها تمرا يؤتيه إلى المعري عند الجذاذ كما يخرص عليه الزكاة التي تجب
عليه في حائطه لأهل الزكاة ويدفعه من الضرر بمشاركته في الحائط مثل ما يلحقهم بمشركة
المعري ويلحق أهل الزكاة من الضرر بالعمل في الحائط والحفظ له مثل ما يلحق المعري وقد
قرر الشرع فيه خرصه على أهل المال ليؤدوه عند الجذاذ والله أعلم وأحكم وأما علة الاستضرار
بالدخول بها فقد قال ابن القاسم وكذلك الأرفاؤه وتأثير في إباحة المحظور ولذلك جوزنا لمن أراد
إرفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنائير ناقصة بثلاثة دنائير وازنة عددا ومنع ابن الماجشون أن
تكون لذلك علة عند استضرار المعري بدخول المعري فابيح له ذلك لازالة هذا النوع من الضرر
والأظهر عندي فيه ما تقدم ويقرر عندي من هذا قياس أن هذا معنى حديثي في الشرع بخمسة أو سق
فجاز أن يخرص ثمرة على أن يعطى من يخرص عليه خرصه تمرا عند الجذاذ أصل ذلك الزكاة
(فصل) وقوله أرخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها خص بذلك صاحب العربية وسماها بيعا
لما كان له استهلاك الثمرة التي يخرص عليها وأن يعطى غيرها فقد ملكها ودخلت في ضمانه على أن
يعطى إن شاء مثل خرصها بدلا منها وهذا فيه معنى من البيع وهو لزوم المعاوضة للمعري ولزوم كثير
من معنى العقد للمعاوض من حفظ الثمرة وجدها والتزامها ويكون له الخيار في دفع تلك العين وبدلها
بعدها وهذا انما هو حكم من أحكام القرض مع بقاء العين على صفتها وفيه وجه آخر من معنى البيع
أنه لا يثبت حكمه إلا باختيار المتبايعين وأما الزكاة فلم ترد في الشرع بلفظ البيع لما كان ذلك يلزم
رب المال وإن لم يررضه فلذلك لم يذكره باسم البيع والموجب لذلك أن المعري معين مالك لأمره فلما
لم يلزمه الخروج عن العربية إلا باختياره فكذلك المعري لا يلزمه التزامها إلا بالزكاة والمستحق للزكاة
غير معين وانما للامام النظر في ذلك على ما قرره الشرع من خرص ذلك على أرباب الحوائط

وتسليمه اليهم ولم يكن للامام أن يقدم من ينظر فيه بمقاسمة الثمرة حين بدو صلاحها أو جمعها وحفظها والنظر فيه وكان حكم خرصها وتسليمها الى أرباب الخواطر لازم أو جب أيضاً أن يكون ذلك لازماً في أرباب الخواطر ولذلك لم يسم بيع العالم بوقف على اختيار الامام وأرباب الأموال وفي هذا أربعة أبواب * الباب الأول في تفسير معنى العرية وما يتعلق بذلك من جواز بيعها * والباب الثاني في تعيين من يجوز له ذلك * والباب الثالث في تعيين ما يصح ذلك فيه من الثمار * والباب الرابع في تعيين مقدار ما يصح ذلك فيه من الثمرة

(الباب الاول في تفسير معنى العرية)

فاما معنى العرية فقال القاضي أبو محمد هو عندنا أن يهب الرجل ثمر نخلة أو نخلات من حائطه لرجل وهذا الذي ذكره يحيى على مذهب أشهب وابن حبيب وأما ابن القاسم فان معنى العرية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص وهو أن يكون على المعري ما يلزمها الى وقت بدو صلاحها وهو وقت يمكن الانتفاع بها واطلاق الهبة عنده لا يقتضي هذا وانما يقتضي ان ذلك يلزم الموهوب له من يوم الهبة ففرق في ذلك بين الهبة والعرية ولذلك قال عن مالك ان زكاة العرية على المعري وزكاة الثمرة الموهوبة على الموهوب له قال ابن القاسم فرق مالك بينهما في الزكاة والسقي وقال أشهب زكاة العرية على المعري كالهبة الا أن يعريه الى الزهو ويلزمه مثل ذلك وقال محمد انه لا خلاف بينهم ان السقي على المعري ولعله أراد به انه لم ير لهم فيه خلافا ولم أر فيه وفاقا ويحتمل أن يكون أراد بذلك سقيا يلزم المعري لأجل الأصول فيكون ذلك بمنزلة الاجارة على سقيا فلا يجوز ذلك قبل بدو صلاح الثمرة وقال ابن حبيب السقي والزكاة في العرية والهبة على المعري والواهب وقال سحنون انظر الى العرية والهبة فان كانتا بيد المعري أو الواهب يسقي ذلك ويقوم عليه فالزكاة عليه وان كان بيد المعري أو الموهوب يقوم عليها ويأكل منها فالزكاة عليه فعلى رواية ابن القاسم حكم العرية غير حكم الهبة

(فصل) وهذا معنى العرية من جهة الفقه وأما من جهة اللغة فقال صاحب العين العرية من النخل التي تعري عن المساومة عند بيع النخل والفعل الاعراء وهو أن يجعل ثمرة عامها المحتاج وقال الشيخ أبو محمد وقد قيل ان أصل هذه الكلمة مأخوذ من النخلة تعري من ثمرتها بالهبة لثمرتها فسميت عرية لذلك فعلى الوجهين العرية اسم للنخلة وان ذلك لا يقال من النخل الا لما أعطى ثمرته لأهل الحاجة على معنى الرفق والصدقة وقال أبو عبيد في غريب الحديث ان العرايا واحدها عرية وهي النخلة يعريها صاحبها محتاجا والاعراء أن يجعل له ثمرتها عامها وقال القاضي أبو محمد قال أهل اللغة العرية مأخوذة من قولهم عروت الرجل أعروه اذا أتيت به تلمس بره ومعرفة من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز وقيل ان معناه مأخوذ من تخلى الانسان عن ملكه من الثمرة من قوله تعالى فنبذناه بالعراء يعني الموضع الخالي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الاعراء في كل نوع من الثمرة كانت مما يبس ويدخر أو مما لا يبس ولا يدخر وفي القناء والموز والبطيخ قاله ابن حبيب قبل الابار وبعده وقبل الازهاء وبعده لعام أو أعوام في جميع الحائط وبعضه لان ذلك نوع من الهبة والصدقة فلا تبطل له الجهالة والغرر (فرع) وبماذا تكون حيازته وتصح للمعري قال ابن حبيب عن مالك تكون باجتماع أمرين أحدهما ان تطلع فيها ثمرة والثاني أن يقبضها فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعري فلا شيء فيها للمعري وقال أشهب في كتاب محمد ان ذلك يكون بوجود أحد

الأمرين الأبار أو تسليم الرقبة فإنه يكون حوزا وإن لم تؤبر الثمرة وجه رواية ابن حبيب أن ظهور الهبة هو طوع الثمرة فيها فإن حاز حينئذ صححت حيازته لها لأن العين التي أعطاهما قد ظهرت وإن لم تظهر فذلك مثل الحمل لا يصح قبضه إلا بالوضع ووجه قول أشهب أن الثمرة إنما تظهر بالأبار وما قبل ذلك فالثمره فيه كامن فاشبهت الحمل فلا تجوز حيازتها فإذا برت وظهرت كان دخوله وخروجه إليها حيازة لها لأنه لا يمكن تسليمها أكثر من ذلك فإن كانت بموضع يمكن تسليمه إليه وانفراد به لم يكن ذلك حيازة حتى يبيع فإن أمكن ذلك كان تسليمه إليه حيازة لما وهب له من ثمرتها وإن كان ذلك قبل ظهورها كالمستقبل من خدمة العبد (فرع) ويصح أن تكون العريضة في ثمر شجر معين ويصح أن يعر به مقداراً من الثمر غير معين مثل أن يعر به خمسة أوسق من جلة ثمر حائطه (مسألة) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز لصاحب هذه العريضة أن يشتريها من المعري وقال أبو حنيفة إن معنى العريضة هبة الثمرة على الإطلاق عنده إلا أن يبتاعها معناه عنده أن اللواهب استرجاع هبته وأن يعطيه غيرها وإنما سميت ببيع على سبيل المجاز والاتساع وأما على الحقيقة فلا يجوز ذلك لأنه يبيع الرطب على رؤس النخل بالتمر على وجه الأرض وذلك غير جائز والدليل على ما نقوله حديث زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وأرخص بعد ذلك في بيع العريضة بالتمر أو بالرطب ولم يرخص في غيره فإن قيل العريضة هي العطية إنما أرخص في العطية وذلك لأن الرجل كان يهب ثمر نخله لرجل ثم يبدوله في ذلك فكان يرجع فيه ويعطيه عوضه ثمر أقالني صلى الله عليه وسلم أرخص في ذلك قالوا والعريضة هي العطية من أعار الشيء وهو تملك منفعه والجواب أن هذا غير صحيح لأن العريضة إنما هي النخلة الموهوب ثمرتها وعلى ذلك فسر حاجاة أهل اللغة وأنشدوا في ذلك

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوانح

يمدح نفسه بالجوود ويقول إن نخله ليست بسنهاء أي لا يعامل عليها سنين وهي المسانحة وقوله ولا رجبية يريد ليست بيني عليها والترجيب البناء بالحجارة حول أصلها ثم قال * ولكن عرايا في السنين الجوانح * يريد إذا نزلت الجوانح بالناس واشتد الزمان وقلت الثار وهما حينئذ وجعل ثمرها طعمة وليست العريضة من الأعاره بسبيل لأن الأعاره يقال منه أعاره يعبره أعاره وهي العارية والأعراة يقال منه أعراة يعر به أعراة وهي العريضة * وجواب ثان وهو أنه لو كانت العريضة من الإعطاء لما جاز أن ينهى عن بيعه لأن الإعطاء لا يباع وإنما يباع المعطى فهو الذي يصح أن ينهى عن بيعه على وجه ما يباح على وجه آخر * وجواب ثالث وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر ثم استثنى منه بيع الثمرة والظاهر أنه إنما استثنى بعض الأول فإن قالوا إنما سمى ببيع على سبيل المجاز كقوله تعالى إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً فالجواب إنما سماه هناك بيعاً لما فيه من المعاوضة وليس كذلك على ما ذكرنا فإنه ليس فيه معاوضة وإنما فيه مجرد الهبة فلم يسم ببيعاً حقيقة ولا مجازاً ودليلنا من جهة المعنى أن الطعام يفسد ببيع من وجهين أحدهما يبعه قبل استيفائه والثاني الجهل بتماثل الجنس ثم ثبت وتقرر أنه قد أرخص في بيعه قبل استيفائه على وجه المعروف في الأقالة والتولية والشركة وكذلك الجهل بالتماثل يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف وليس أن لا يبيع العريضة (مسألة) إذا ثبت ذلك فإن بيع العريضة يجوز بأربعة شروط قاله القاضي أبو محمد أحدها أن نزهي والثاني أن تكون خمسة أوسق فأدنى والثالث أن يعطيه التمر عند

الجداد والرابع أن تكون من صنفها فأما اشتراطه الا زهاء فهو قول جمهور الفقهاء وقال يزيد بن أبي حبيب يجوز بيعها قبل بدو صلاحها والدليل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وأما الشرط الثاني وهو أن تكون خمسة أو سق فأدنى فسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وأما الشرط الثالث وهو أن يعطيه خرصها عند الجداد فهو عندنا شرط في صحة هذا البيع ولا يجوز له تعجيل العوض تمرا وقال الشافعي يجب عليه أن يجعل له الخرص تمرا ولا يجوز أن يفترقا حتى يتقابضا ووجه الخرص عندنا أن ينظر إلى ما في النخل المعراة من الثمرة فيقدر ثم ينظر إلى ما يخرج مثل تلك المكيلة من ذلك النوع من أنواع التمر في حودته أو رداءته من التمر اليابس فيكون المعري إلى الجداد فالتحلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسئلة في ثلاثة فصول أحدها أنه يجب عندنا تأخير التمر إلى الجداد ولا يجوز تعجيله وعند الشافعي يجب تعجيله قبل التفرق ولا يجوز تأخيره عن التفرق والفصل الثاني أن اسم العربية واقع على النخلة الموهوب ثمرتها وقال الشافعي العربية اسم للبيع والفصل الثالث أن جواز بيعها يختص بالمعري وعند الشافعي يجوز من كل أحد والدليل على الفصل الأول أن هذا معنى ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل بالخرص منه تمرا إلى الجداد كالزكاة (فرع) فإذا أراد بعد صحة العقد تعجيل الخرص جاز له ذلك قال ابن حبيب ووجه ذلك أن العقد قد سلم من الفساد بشرط التعجيل فجاز ذلك على الطوع كنقد الثمن في مدة الخيار وتعجيل السلم بآثار العقد

(فصل) والدليل على صحة الفصل الثاني وهو أن العربية اسم واقع على النخلة ما قدمناه من قول أهل اللغة في ذلك وفي صحيح البخاري عن سعيد بن جبيرة قال العرايا نخلة كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروها فخص لهم أن يبيعوها بما شاؤوا من التمر وقال الشاعر
ليست بسناء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح نفسه بأن يهب ثمرتها في أوقات الجوائح ولا يمدح نفسه ببيع ثمرتها حينئذ وما يدل على ذلك قول يزيد بن ثابت ولكن أرخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها في هذا أدلة أحدها أنه قال أرخص لصاحب العربية ولا يجوز أن يقال أرخص لصاحب البيع أن يبيعها بخرصها والثاني أنه قال بخرصها وهذا يدل على أنه لم يرد به العيب لأن العيب لا خرص له ولا يخرص والثالث أنه قال لصاحب العربية وهذه اللفظة إنما تنطلق على الأعيان دون الأفعال فيقال لصاحب الشجرة وصاحب الأرض وصاحب الثمرة ولا يقال لصاحب القيام وإنما جرى عرف الاستعمال فيه أن يقال له القائم ووجه رابع أنه قال أرخص لصاحب العربية أن يبيعها وهذا يقتضي أنه معروف بأنه صاحب العربية قبل البيع فدل ذلك على أن العربية غير البيع

(الباب الثاني في بيان من يجوز له ذلك)

وحجة ذلك أن كل من صارت إليه ثمرة الحائط يبيع أو هبة أو ميراث له ثمرات العربية بمثل ما يجوز ذلك للمعري لما يلحقه من مضرة الشركة بدخول المعري وخروجه كإلحاق المعري ولما في ذلك من المعروف فيتحمل المشتري العمل والموتة على المعري كما يتحملها المعري ويجرى في ذلك مجرى الزكاة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن صارت إليه العربية يبيع أو هبة أو ميراث فخسمة في جواز بيعها بخرصها تمرا من له ثمرة الحائط حكم المعري للوجهين المذكورين قبل هذا ولا يجوز التبايع

فيها على غير ما قدمناه وقال الشافعي يجوز أن تباع الثمرة على رأس النخل بخرصها تمرافبادون خمسة
أوسق من جميع الناس ويجوز بيعها لجميع الناس والدليل على ما نقوله ما روى بسر بن مسلمة
عن سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في
العريّة أن تباع بخرصها فبأكلها أهلها رطباً وحه الدليل أنه استثنى من منع ذلك بيع العرايا بغير
الدنانير والدراهم وهذا يدل على أنه منع يختص بالعرايا جوازها والشافعي يجوز في أنواع الثمار لأن
كل ما يكون من المسمى عنده عرايا إذا كان البيع أعراء وجاز من كل أحد قبطل فائدة
التخصيص واستثناء الرخصة من المنع ووجه آخر وهو أنه عم المنع واستثنى من تلك الرخصة أهل
العريّة وعم أرباب النخل فوجب اختصاص هذا الحكم بهم وبقي الباقي على حكم المنع ودليلنا من
جهة القياس أن هذا بيع التمر بالتمر فلم يجز إلا دفع ضرر الشركة أصل ذلك إذا كان محدوداً
ودليل ثان وهو أن المعرف بآثام أمكن بالكيل منه بالخرص لأن الخرص إنما يستند إلى الكيل
وقد ثبت وتقرر أنه لا يجوز ذلك بالكيل إذا كان محدوداً فبان لا يجوز خرصاً أولى وأحرى (مسئلة)
ومن كان له في حائط غيره أصل شجرة فهل يجوز له أن يبيع منه ثمرة بخرصها تمراف قال ابن القاسم
وابن الماجشون ذلك جائز واختلفوا في بوجه ذلك فقال ابن القاسم إن كان لضرر الشركة فلا
يجوز لأنه لم يعرف شيئاً وإن كان على وجه المعروف وإن يكفيه مؤنة العمل فذلك جائز وهو قول مالك
وقال ابن الماجشون ولا يجوز شراء ثمرة بخرصها كيلاً إلا دفع ضرر الشركة وعلى هذا يجوز في
هذا الموضع للتخفيف وليس بالقياس (مسئلة) ومن أعزى جميع حائطه فهل له أن يشتري ثمرة
بخرصه قال ابن القاسم ذلك جائز وقال ابن الماجشون ليس له ذلك وكذلك اختلف في شرائه بعض
عريته فجوز ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون ولو أعزى جماعة مشتركون في حائط رجلاً ثمرة نخل
منه فأراد واحد منهم أن يشتري منه عريته فلا يجوز عند ابن الماجشون لأن ضرورة الشركة
بالدخول والخروج لا ترتفع بذلك وجوز ابن القاسم للرافق وكفاية المؤنة ولو أعزى رجل جماعة
جازه أن يشتري من بعضهم عريته لأنه قد يستضر بذلك ويتحفظ منه دون غيره وتديجوز أن يخصه
بالرافق دون غيره

(الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار)

عن مالك في عر وابتان أحدهما أنه لا يجوز إلا في النخل والعنب وبه قال الشافعي والثانية يجوز
في كل ما يبس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفستق رواه ابن المواز وهو
في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ووجه الرواية الأولى أن هاتين الثمرتين يختصان
بالأكل حال الارتطاب وقبل اليبس مما يأتى فيه الخرص ووجه الرواية الثانية أن هذا مما يبس
ويدخر فثبت فيه حكم العريّة كالتمر وأما الزيتون على هذه الرواية فقد قال أشهب إذا كان يبس
ويدخر جاز ذلك فيه بخرصه ومعنى ذلك عندي أن يوضع على حاله يدخر عليها لأنه لا يبس ويدخر
على غير ذلك الوجه ويكون أجل يبيعه إلى أن يمكن عمله بعد القطاف وكذلك العنب إلى أن يمكن
تزيينه بعد القطاف لأنه لا يكون زيباً إلا بالتزيين بعد القطاف وأما التين فإن أوقاته تتفاوت
في ذلك لأنه من أول أمره شرع في تزيينه فله أن يدفع خرصه منه دون شرط يكون بينهما في ذلك
(مسئلة) فإن كان عنباً لا يزرع أو نخل لا يتمر فعلى اشتراط اليبس يجب أن لا يجوز ابتاع
عريته لأنه إذا شرط أن يعطيه تمرافاً ما أن يشترط أن يعطيه من صنف غيره وذلك لا يجوز وقد قال
أصبغ فيما لا يبس من الفواكه لا يجوز للعري أن يبيعه من معريه بخرصه نقداً ولا إلى جداده ولو

أجيز ذلك بديان في كل عريه لم أره خطأ وان كنت أتقيه . ومعنى ذلك والله أعلم أن يباع أول ما يبدو صلاحه بخرصه من جنسه يؤدبه اليه عند تكامل طيبه لأنه يستضر بدخوله اليه من وقت بدو صلاحه الى تكامل طيبه وكذلك يعمل عن المعري عمله في تلك المدة والله أعلم وأحكم (مسئله) وانما يباع بالتمر الى الجداد ولا يباع بالزطب نقدا ولا الى أجل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها تمرا ولا يجوز أن تباع بغير نوعها فان كانت العريه برنيا لم يجز أن يشترط صيغانيا ولا عجوة ولا أدنى ولا أفضل ولا يعين ذلك في ذلك الحائط ولا في غيره فان عين ذلك في حائط بعينه ففي المبسوط ان فعل أراه جائزا ويكون عليه ما ضمن للمعري في ذمته الى الجداد يعطيه من حيث شاء والظاهر من مذهب ابن القاسم أنه لا يجوز ويفسخ العقد

(الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العريه على الوجه الذي ذكرناه)

ونحن نبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ص * مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق يشك داود قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق * ش قوله أرخص في بيع العرايا بخرصها يقتضي أن العرايا هي النخل المبيع ثمها فيحتمل أن يريد به وأرخص في بيع تمر العرايا في المضاف وأقام المضاف اليه مقامه وهذا كثير في كلامهم ويحتمل أن يسمى التمر عرايا لما بينها وبين النخل التي هي حقيقة العرايا من التعلق ولو كانت صفة للمبيع لما صح هذا القول لأن الهاء في قوله بخرصها ترجع الى غير مذكور ولا معهود كما لا يجوز أن يقال منع من بيع المزبنة بخرصها لما كانت المزبنة صفة للمبيع ويجوز أن يقال أرخص في بيع العجوة بخرصها لما كانت العجوة صفة للمبيع

(فصل) وقوله فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق قصر النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحكم على هذا المقدار من التمر كما قصر الزكاة على نصاب خمسة أوسق فإزاد ويجوز أن يكون حكم الزكاة يختص الرفق فيه بأرباب الاموال بترك الزكاة فيما دون خمسة أوسق لأنها تضعف عن المواساة غالبا وكذلك في مسئلتنا اختص هذا الحكم بهذا القدر للرفق لأن هذا القدر الذي جرت العادة بأعرائه ولا يكاد أن يزيد عليه الا الشاذ النادر الذي تتكرر به المشقة ولا يبلغه بالاغراء الامن له الحوائط الكثيرة التي تشغله بالعمل ولا يلحقه الضرر بالاغراء من بعض حوائطه (مسئله) وشك داود بن الحصين في المقدار بين خمسة أوسق وبين مادونها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيح أحد غيره وقد غول عليه جميع الفقهاء وأخرج أصحاب الصحيح وعن مالك في تحديد ذلك روايتان روى عنه أبو الفرج عمرو بن محمدان ذلك لا يجوز الا في أقل من خمسة أوسق وروى عنه المصريون انه يجوز في خمسة أوسق دون ما زاد عليها وجه منعه اياه في خمسة أوسق ان هذا الحكم خص باللفظ العام في النهي عن المزبنة وبيع الثمرة فوجب أن يثبت التخصيص بما يتقن منه دون ما لم يتقن والذي يتقن منه دون خمسة أوسق والخمسة مشكوك فيها فلا يقع بها تخصيص لفظ عام ثابت ووجه الرواية الثانية ان الحدود وضعت لتبين الحدود وتمييزه من غيره فيجب أن يكون في نهاية البيان ويتعلق باللفاظ التي لا اشتراك فيها والالم يقع التعديدها ومادون خمسة أوسق لفظ مشترك لا يختص بمقدار ما فلا يجوز أن يكون حدا بين ما يجوز وما لا يجوز وأما خمسة أوسق فختمه بمقدار ما فكأن أولى بأن تكون حدا (فرع) فاذا خرصت عريه فكانت أقل من خمسة فلما جدها وجد فيها أكثر من خمسة أوسق ففي المدينة من رواية صدقة بن حبيب عن مالك ان الفضل لصاحب

* وحدثنى عن مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق يشك داود * قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق

العريّة ولو وجد منه أقل مما خرص عليه ضمن له الخرص وهذا اذا كان له مفردا ولو خلطه قبل أن يكيّله لو فاه ماضيه ولم تكن عليه زيادة ولا نقصان ص ﴿ قال مالك وانما تباع العرايا بخرصها من التمر يتعري ذلك ويخرص في رؤس النخل وليست له مكيلة وانما خرص فيه لأنه أنزل بمنزلة التولية والاقالة والشركة ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحدًا في طعام حتى يستوفيه ولا أقاله منه ولا ولاه أحدًا حتى يقبضه المبتاع ﴾ ش وهذا كما قال ان العريّة لا تباع على شرط التبقية الا بخرصها تمرًا ولا يجوز أن تكون بسرًا ولا رطبًا وقد تقدم ذكره ولا يجوز أن تباع بغير جنسها من الطعام ولا بغيره الا بعد الجدلان التخلية بينه وبينها ليست يقبض لها بدل لئلا الجائحة تثبت في الثمرة بعد تغلي البائع عنها الى المبتاع وهي في أصل شجره ويجب على البائع سقيها ولو كان ذلك قبضا لكانت من ضمان المبيع ويجوز أن يباع بالذهب والورق وغير ذلك من العروض

(فصل) وقوله ويجوز بيعها بخرصها من التمر يتعري ذلك في رؤس النخل وليست له مكيلة يريد ان ذلك يجوز فيها للحاجة اليه ولتعذر الكيل فيها مادامت في رؤس النخل وهو الوجه الذي يباع عليه وانما خرص فيه لذلك كما خرص في الاقالة والشركة والتولية فيجوز فيها لما فيه من المعروف ما لا يجوز في غيرها من العقود من بيع الطعام قبل استيفائه

﴿ الجائحة في بيع الثمار والزرع ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انه سمعها تقول ابتاع رجل ثمرا حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعاجله وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فخلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هوله ﴾ ش قوله فعاجله وقام فيه حتى تبين له النقصان يحتمل أن يريد حتى تبين له نقصان قيمته عن الثمن الذي اشتراه به ويحتمل أن يريد به حتى تبين له نقصان ثمره عما قد قدر فيه وذلك أيضا يحتمل وجهين أحدهما أن يتبين له من أمر الثمرة مع بقائها على ما كانت عليه حين ابتاعها من تقصيرها عما كان قدر فيها والثاني أن يتبين النقصان بجائحة طرأت عليها الا ان ادخال مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على انه حمله على الجائحة وذلك انه أورد الجملة على تبين النقصان فالظاهر انه عله له والجائحة من باب النقصان فلذلك أنكر على من تألى أن لا يضعها

(فصل) وقوله فأتى رب الحائط وسأله أن يضع عنه أو يقيله يحتمل وجهين أحدهما أنه سأله ذلك على وجه الرغبة اليه وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضا عند المتاجر فذلك لا بأس به رواه ابن المواز عن مالك وروى عنه أيضا انه قال غيره أحسن منه وجه اباحت ان الارفاق معروف فكان مباحا للغنى والفقير كاستعارة الثوب والداية ووجه استحسان غيره ما فيه من السؤال والخضوع والامتنان لمخلوق في غرض دنيا لا تدعو اليه حاجة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم اليد العليا خير من اليد السفلى وكذلك ان قال له ان وضعت عنى والا خاصمتك قال أصبغ أو يقول ان وضعت عنى والا وجدت عيبا فان هذا ممنوع منه (مسألة) والثاني أن يكون انما سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التي تثبت له على وجه استدعاء الحق على وجه الرغبة وقوله فخلف أن لا يفعل يجب

قال مالك وانما تباع العرايا بخرصها من التمر يتعري ذلك ويخرص في رؤس النخل وليست له مكيلة وانما ارخص فيه لأنه أنزل بمنزلة التولية والاقالة والشركة ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحدًا في طعام حتى يستوفيه ولا أقاله منه ولا ولاه أحدًا حتى يقبضه المبتاع ﴿ الجائحة في بيع الثمار والزرع ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انه سمعها تقول ابتاع رجل ثمرا حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعاجله وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فخلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هوله

أن يكون ممنوعاً على وجهين سأله التخفيف عنه على وجه المعروف أو سأله أن يسقط عنه ما يجب عليه إسقاطه من الجائحة

(فصل) وقوله فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أنها مضت تتشفع بالنبي صلى الله عليه وسلم حين امتنع من الوضعية على حسب ما فعل جابر حين اشتد عليه الغرماء ويحتمل أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه الاستفتاء والاستعلام لما يجب لابنها وعليه فيما قضت عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيراً انكار لحلفه على مثل هذا وتدبر لما لا يمينه أو حلفه وليس في ذلك ما يقتضي الحكم للمشتري بجائحة ولا غير ما وانما فيه انكار لحلفه أن لا يفعل خيراً فان كان بعد هذا يتقرر من قولهما ما يوجب الحكم عليه حكمه بوضع الجائحة وان تقرر من قولهما ما لا يوجب الحكم عليه فتأليه على أن لا يفعل خيراً ثابت في نفسه

(فصل) وقول البائع لما بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم قوله اقلع عما أتاه من الحلف على أن لا يضع من المبتاع شيئاً بالغ في الاقلع والتوبة وازجوع إلى ما إذا النبي صلى الله عليه وسلم والمسارعة إلى ما تبين له من مذهبه بأن وضع عنه أو قاله قال مالك في العتبية في قوله دولة لا أدري الوضعية أو الاقالة وكذلك كانوا رضى الله عنهم سراعاً إلى امتثال أوامره واجتناب نواهيه ولذلك كانوا خيراً ما أخرجت للناس واختارهم الله لصحة نبه ونصرته رضى الله عنهم أجمعين ص **مالك** أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا **ش** قوله قضى بوضع الجائحة الجائحة اسم لكل ما يبيع الإنسان وينقصه الآن هذا له عرف في الشرع واللغة فاذا أطلق فهم منه فساد الثمرة وهو الذي وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن وبهذا قول مالك إذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر وقال أبو حنيفة جميع ذلك من المشتري وبه قال الليث والشافعي في الجديد والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من حديث أبي الزبير عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة أصابته جائحة قبل أن تستغنى عن أصلها فجاز أن يرجع بها على البائع أصله إذا كان ذلك يعطش (مسئلة) اذ ثبت ذلك فان دعا البائع إلى رد الثمرة إليه ان لم يرض المبتاع بالمشاركة لم يكن له ذلك ووضع الجائحة عن المشتري قاله مالك في المختصر الكبير ولو شرط البراءة من الجائحة البائع لم ينفعه ذلك ووضع الجائحة قاله مالك في كتاب ابن المواز ووجه ذلك ما ذكرناه من اشتراط نقل الضمان عن محله إذا كان له عرف لا يؤثر في نقله ويصح العقد دونه ***** اذ ثبت ذلك فان في الجوائح ثلاثة أبواب ***** الباب الاول في تبين ما يكون من المتلفات جائحة ***** والباب الثاني في تبين ما يوضع فيه الجائحة ***** والباب الثالث في مقدار ما يكون من ذلك جائحة

***** وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة ***** قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

(الباب الاول في تبين ما يكون من المتلفات جائحة)

اختلف أصحابنا في معنى ما يوضع من الجوائح فعند ابن القاسم ان ما لا يستطيع دفعه وان علم به فانه يكون جائحة ولا يستطيع دفعه ان علم به فلا يكون جائحة كالسارق قاله في كتاب ابن المواز وهو مذهب ابن نافع في المدونة وروى عن ابن القاسم في المدونة ان كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة سارقاً كان أو غيره وقال مطرف وابن الماجشون لا يكون جائحة الا ما أصاب الثمرة من أمر

السما من عفن أو برد أو عطش أو فساد بغير أو برد أو بكسر الشجر وأما ما كان من صنع آدمي فيبس بجائحة فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم ما احتج به أنه إن السارق لو علم به لا يمكنه دفعه فلا يكون ذلك جائحة لأن المبتاع حينئذ مفرط في حفظ الثمرة ومضيع لها فكان ذلك منه ووجه رواية سحنون عنه أنه من ضمان البائع فعلى أي وجه تلفت كان ذلك جائحة توضع عن المشتري لأن ما تلف لم يسلم إليه ووجه الرواية الثانية أن الثمرة في يد المبتاع قد سلمها إليه البائع على نهاية ما يمكنه من التسليم فليس عليه حفظها ولا ضمان عليه فيها إلا ما كان في جهة الأصل لاستحقاقه عليه السقي إلى تنهاى نضجها وكال صلاحها ولو كان يضمها بالسارق والعطش لكان عليه حفظها وذلك لا يقوله أحد (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الجائحة على ضربين جائحة من قبل الماء وجائحة من قبل غير الماء فأما الجائحة من قبل الماء فإن كانت من قبل العطش فقد قال مالك في الواضحة بوضع قليل ذلك وكثيره كانت شرب مطر أو غيره وكذلك قال ابن القاسم ووجه ذلك أن هذه منفعة من شرط تمامها السقي فوجب أن يوضع عن المشتري قليلها وكثيرها كمنفعة الأرض المكثرة والفرق بينها وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها وهذه تنفك الثمرة من يسيرها فالمشتري داخل على السلامة منها ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل وأما الجائحة بكثرة المطر فهو نوع من العفن فكان حكمه حكم سائر العفن يصح كثيره ودون قليله

(الباب الثاني في تبين ما توضع فيه الجائحة)

أما ما يعتبر به في وضع الجائحة فإنه يرجع إلى معنيين أحدهما جنس الثمرة والثاني معنى يقترن بها فأما جنس الثمرة فهو كل بيع يحتاج إلى بقاءه في أصله وحاجته إلى ذلك تكون على ضربين أحدهما لانتفاء صلاحها وطيبها كثرة النخل والعنب إذا اشترى عند بدو صلاحه وكثرة التفاح والتمر والبطيخ والورد والياسمين والفل والجلبان والثاني يحتاج إليه لبقاء رطوبته ونضارته كثرة العنب اشترى بعد انتفاء طيبها وكالبقول والقصيل والأصول المغيبة من الجزر والسلجم والبصل والثوم فأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه وأما ما لا يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارته كالتمر اليابس والزرع فلا خلاف في أنه لا يوضع فيه جائحة لأن تسليمه قد كل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع لأنه ليس له في أصله منفعة مستتناة يستنظر استيفاءها فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة في الأصل وأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالقصيل والبقول والقصب والقرط والأصول المغيبة فقد اختلف أصحابنا في مسائل يجبر دها إلى أصل واحد فروى ابن القاسم في المدينة أن من اشترى التمر في رؤس النخل قد طابت طيبا بينا فأصابها الجائحة فليس على البائع من ذلك شيء لأنه مثل ما في الخرايز وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه سئل عن قصب السكر فقال لا توضع فيه جائحة لأنه لا يباع حتى يتم وقال سحنون إذا تنهاى العنب وأن قطافه حتى لا يتركه تارك السوق برجوه أول شغل يعرض له لم توضع فيه جائحة وروى سحنون عن ابن القاسم في قصب السكر والخرايز وسائر البقول والقصيل الجائحة وبه قال ابن عبد الحكم وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فحين اشترى فاكهة أو رطباً فطابت وأخرها رجاء النفاق فأصابها جائحة ولو عجل بها لم تصبها جائحة قال بوضع عنه الثلث وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ذلك على البائع ما لم تيبس الثمرة فعلى رواية أصبغ عن ابن القاسم لا يراعى حفظ نضارته وإنما يراعى تكامل صلاحه ويجب

أن يجري هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرط فلا توضع جائحة في شيء من ذلك وعلى رواية سحنون توضع الجائحة في جميعه وجه رواية أصبغ ان الضمان بجائحة الثمرة انما يلزم البائع ما بقى عليه فيها من حق التوفية لان ما يلزمه من تمام صلاح الثمرة لم يوجد فلا يصح تسليم الثمرة الا بعد وجوده فاذا وجد كمال الصلاح بعد تسليم الثمرة سقط عنه الضمان وما يرجوه المتابع من حفظ رطوبته ونضارته ببقائه في أصله فذلك حفظ لمبيع قد وجد وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد ألا ترى أن من باع منه قحاً فكاله عليه في ليل أو وقت لا يمكن نقله فان المتابع يبقى الطعام في موضعه حفظاً الى أن يمكن نقله ومع ذلك فان البائع لا يكون ضامناً له ووجه الرواية الثانية أن بقاء الثمرة في الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود معتاد وعليه ابتاع المتابع لان في جد الثمرة جهة فساد لان ذلك يتلف رطوبتها ولا يمكن أكلها على المعهود الاشياء بعد شيء ولا يتأتى بيع جميعها وجه جملة في الغالب فنقول ان الثمرة مبقاة في الأصل لمعنى معتاد مقصود ثبتت فيها الحكم بالجائحة كالمبقاة لتمام الصلاح ولذلك استوي في وجوب السقي على البائع فان آخرها المتابع عن المعتاد من حالها فأجيبت بعد ذلك فهي منه وانما اختلف في وضع الجائحة في البقول لاختلاف قول أصحابنا في هذا الأصل فعلى القول الأول لا توضع فيه جائحة وعلى القول الثاني توضع فيه الجائحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالقول من هذا النوع الذي توضع فيه الجائحة على وجه البيع المحض مفرداً عن أصله والجائحة توضع فيه فأما ما كان مهراً في نكاح فاختلف أصحابنا فقال ابن القاسم لا جائحة فيه وقال ابن الماجشون فيه الجائحة وجه قول ابن القاسم ان هذا عقد لا يقتضي المغالبة والمكايسة وانما يقتضي المواصلة والمكرامة ووضع الجائحة ينافي ذلك ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب فثبت فيه وضع الجائحة كالبيع المحض (مسئلة) ومن اشترى عريه فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب توضع فيها الجائحة وقال أشهب لا توضع فيها جائحة ووجه ذلك ان هذه ثمرة يضمنها بخرصها ثمرا الى الجداد فسقط عنه ذلك بالجائحة كالزكاة ووجه قول أشهب انه اشترىها بالدفع الضرر وهذا اذا كانت العريه نخلًا معينة وان كانت أوسقاً من حائط فلم يبق الا مقدار تلك الأوسق لزوم المتابع أداؤها بمنزلة من أوصى بثمرة حائطه لانسان ولا خرمه بخمسة أوسق فتلفت الثمرة الا خمسة أوسق فان جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة قاله في المبسوط (مسئلة) ومن باع ثمرة حائطه واستثنى منه أصوعاً مقدرة فأجيبت فقد روى ابن القاسم وأشهب عن مالك توضع من العدد المستثنى بقدره وقال ابن القاسم في المدينة ان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع من المستثنى شيء وان بلغت الثلث وضع عن المتابع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة قال ابن القاسم وهذا بخلاف الصبرة يبيعها ويستثنى منها كيلاً يكون الثلث فأدنى فتهلك الصبرة الا ما استثنى البائع منها فان ذلك له دون المتابع والله أعلم وروى عنه ابن وهب لا يوضع من العدد المستثنى قليل ولا كثيراً جيجاً كثر الثمرة أو قلها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي مبني على ما يقتضيه اختلاف قول مالك في المستثنى من الثمرة كيلاً فعلى ما يقتضيه قوله من أن المستثنى يتناوله البيع وارتفع بعد ذلك بعقد الاستثناء فلا جائحة فيه لان البائع ابتاع من المشتري ما استثناه من عدد الأوسق فوجب أن يكون استثناءه مقدماً في ثمرة أو حائط ولو لم يبق من الحائط غير ذلك وعلى ما يقتضيه قوله ان المستثنى لم يتناوله البيع وانما بقاء الاستثناء على ملك

البائع فان ذلك قد صار به البائع شريكاً للبائع فوجب أن تكون الجائحة بينهما على قدر مال كل واحد منهما من ثمرة الحائط والله أعلم

(الباب الثالث في تعيين مقدار الجائحة التي توضع)

وجملته ان المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع ثمار التين والتمر والعنب وما جرى مجراها من الجوز واللوز والتفاح فهذه يراعى في جوائرها الثلث فان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع عن المشتري منها وان بلغت الثلث وضع عنه جميعها ونوع البقول وهو سائر أنواع البقول والأصول المغيبة مما الغرض في أعيانها دون ما يخرج منها وقد تقدم من قولنا ان فيها روايتين احدهما ان في ذلك جملة والثانية اثباتها فاذا قلنا بآيات حكم الجائحة فيها فهل يعتبر فيها الثلث أم لا روى ابن القاسم عن مالك أن الجائحة توضع فيها قليلاً وكثيرها بلغت الثلث أو قصرت عنه وفي المدينة عن ابن القاسم عن مالك إلا أن يكون الشيء التافه وروى علي بن زياد عنه لا يوضع من جائحتها إلا ما بلغ الثلث وجه رواية ابن القاسم ان البقول لما لم يجز بيعها إلا عند جدّها وجب أن يستوفي قليل ما يتلف منها وكثيره كالملك والموزون وجه رواية علي بن زياد ان هذا يبيع بثب فيه حكم الجائحة فاعتبر فيها الثلث كالثمرة ونوع ثالث يجري مجرى البقول في أن أصله مبيع مع ثمرته ويجرى مجرى الأشجار في أن المقصود منه ثمرة كالقضاء والبطيخ والقرع والباذنجان والفول والجلبان فهذا روى ابن القاسم وجميع أصحابنا ان الثلث يعتبر في جائحتها وقال أشهب في كتاب ابن المواز المقائي كالقبل توضع الجائحة فيها قليلاً وكثيرها دون اعتبار ثلث وجه رواية ابن القاسم ان المقصود من البيع الثمرة فوجب أن يكون حكمها حكم الثمرة ووجه قول أشهب ان هذا نبات ليس له أصل ثابت فلم يعتبر فيه بالثلث كالبقول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان المبيع من الثمار في عقد واحد أجناساً مختلفة عنباً وتيناً وماناً وسفراً وجلالاً وباسميناً وورداً فأصيب جنس منها بجائحة وسلم سائرها فان جائحة كل جنس من ذلك معتبر بنفسه ان بلغت ثلثه وضعت وان قصرت عنه لم توضع رواه ابن حبيب عن مالك وروى ابن المواز عن أصبغ ان جائحة المصاب معتبرة بالجملة سواء كان ذلك في حائط واحد أو حوائط مختلفة ووجه قول مالك ان الجائحة انما يعتبر فيها الثلث لتمييز ما ليس بجائحة من الأمور المعتادة فاذا بلغ ثلث هذا الجنس ثبت انه جائحة ووجب وضعها ولو اشترى رجل حوائط كثيرة من جنس واحد فأصابته الجائحة حائطاً منها لا اعتبر ثلث الجملة وبهذا تعلق أصبغ في اعتبار ثلث الجملة والأجناس (فرع) وكيف يكون الاعتبار بالثلث أم على قول أصبغ فيعتبر بثلث الجملة في الأجناس المختلفة وصفة العمل في ذلك أن ينظر الى قيمة الجنس الذي أصابته الجائحة من سائر الأجناس فان كانت قيمته ثلث الجملة حكم بجائحته ولا يعتد بثلث الثمرة اذا ذهب الجنس كله فان ذهب بعضه فان ابن القاسم ينظر الى الجنس الذي أصيب وان كانت قيمته بقدر ثلث قيمة الجملة فان أصيب ثلث ثمرته حكم بالجائحة وان أصيب أقل من ثلث الثمرة فلا جائحة فيه وان كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة في القيمة فلا جائحة فيه وان أصيب جميعه وقال أصبغ انما ينظر في ذلك كله الى ثلث القيمة فان أصيب من الجنس الواحد ما في ثلث قيمة الجملة فهي جائحة وان كان أقل من ذلك فليست بجائحة وجه قول ابن القاسم ان التقويم يحتاج اليه في اختلاف الأجناس فاذا كان النوع واحداً ورجع الى الاعتبار به فلا اعتبار بقدر الثمرة كمالو كانت مفردة ووجه قول أصبغ ان الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة أو بقدر ثلث الثمرة المجاحة وأما ان يعتبر

الأمران جميعاً فذلك خلاف الأصوب (مسئلة) وان كان المبيع جنساً واحداً أو أنواعاً مختلفة فأصيب نوع منها فلا خلاف بين أصحابنا في أن الاعتبار بثلث جميع المبيع وهل يعتبر بثلث قيمته أو ثلث الثمرة روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وعبد الملك أن الاعتبار بثلث الثمرة وروى عن أشهب أن الاعتبار بثلث القيمة وأما ان كان نوعاً واحداً فإنه على ضربين أحدهما أن يحبس أولاً على آخره كالتمر والعنب فهذا لا خلاف في المذهب أن الاعتبار في جائحته بثلث الثمرة وان كان مما لا يحبس أولاً على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح قال ابن حبيب وابن المواز والريمان فهما يعتبر ابن القاسم أيضاً ثلث الثمرة وأشهب يعتبر بثلث القيمة وجه القول الأول ان الثلث إنما اعتبر ليميز به النقص الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة وذلك لا يكون إلا باعتبار ثلث الثمرة ووجه قول أشهب أن المقصود هو القيمة وبسببها يز يد الثمن وينقص وفيكون اليسير من الثمرة معظم الثمن ولو أصيب اليسير منها وقليله كيسير الثمن يلحقه الضرر كما انه اذا أصيب الكثير منها ولا قيمة له لم يلحقه كثير ضرورة (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم نظرت الى ثلث الثمرة فان بلغت الجائحة وضعت عن المشتري وان لم تبلغ الا عشر القيمة وان قصرت عن ثلث الثمرة لم يوضع عنه شيء وان بلغت تسعة أعشار القيمة وان قلنا بقول أشهب نظرت الى ثلث القيمة فان بلغت الجائحة وضعت عن المبتاع وان كانت لم تبلغ الا عشر الثمرة وان لم تبلغ ثلث القيمة لم يوضع وان بلغت تسعة أعشار الثمرة ص * قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً ولا يكون ما دون ذلك جائحة * ما يجوز في استثناء الثمر * * حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع تمر حائطه ويستثنى منه * ش

قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً ولا يكون ما دون ذلك جائحة * ما يجوز في استثناء الثمر * * حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع تمر حائطه ويستثنى منه * ش

* ما يجوز في استثناء الثمر *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع تمر حائطه ويستثنى منه * ش قوله كان يبيع تمر حائطه يبيع تمر حائطه على ثلاثة أضرب أحدها أن يبيع منه مكيلاً معروفة والثاني أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعاً بالخرص والثالث أن يبيعه منه جزافاً فأما بيع الأصوع منه فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى * وأما ان باعه على أن فيه كذا وكذا صاعاً على التحري فقد قال الشيخ أبو القاسم ذلك غير جائز قال القاضي أبو محمد لان التحري فيه من باب

الغرر وقاسه على الصبرة من الطعام لا يجوز بيعها على التحري على ان فيها عدد أصوع ووجه هذا عندى أن الاعتبار في مقدار ما يبيعه بالتحري والكيل يكثر به الغرر والخطر لاجتماعهما * وأما ان يبيعه جزافا فان ذلك جائز ولا خلاف فيه ووجه ذلك انه متى يتأتى فيه الحزر فجاز بيعه جزافا (فصل) وقوله ويستثنى منه يحتمل أن يريد به كيلا ويحتمل أن يريد جزأشائعا ويحتمل أن يريد نخلات يختارها فأما استثناء الجزء الشائع منه فانه جائز ان كان أقل من النصف وان كان أكثر من النصف فالذى عليه مالك وأصحابه ان ذلك جائز أيضا وعبد الملك بن الماجشون لا يجيز استثناء الأكثر من الجملة بوجه وقد ذكرناه في أحكام الفصول ووجه قول مالك ان الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر فوجب أن يصح لانه اذا قال له أبيعك هذا الحائط الانسعة أعشاره فالمفهوم بعثك عشرة وذلك جائز وهذا الخلاف انما يرجع الى اللفظ والله أعلم وأحكم وسيأتى الكلام على القسمين الباقيين ان شاء الله تعالى ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الفرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه ثمانمائة درهم ثمرا * ش قوله استثنى منه يريد من ثمره وقوله ثمانمائة درهم لا يخلو أن يكون استثنى منه جزءا شائعا على مثل هذا الغرر أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره فان كان استثنى منه جزءا شائعا فذلك ما قدمناه لانه استثنى منه الثلث الخمس وان كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر فيجوز أن يستثنى منه قدر الثلث فأقل من الثمرة ولا ينظر الى الثمر لانه لو تقدر هذا بالثمر لجاز أن يستثنى منه الأكثر وذلك غير جائز على ما سئله بعد هذا ان شاء الله تعالى ص * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة ان أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تباع ثمارها وتستثنى منها قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك * وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ما ذكره ان من باع ثمرة حائطه جزافا فان له أن يستثنى منه كيلا ما بينه وبين الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يجوز أن يستثنى منه قليلا ولا كثيرا والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك أن هذا استثناء لا يدخل غررا في المبيع فلم يمنع صحة العقد أصل ذلك اذا استثنى جزأشائعا (مسئلة) وله أن يستثنى ذلك بسر أو رطباً أو تمرأقاله أصبغ ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع فايفسده بقاؤه على ملك البائع لا يفسد للجهل بماله أصل ذلك سائر املا كه (مسئلة) وهذا اذا كان الحائط نوعا واحدا فان كان أنواعا كثيرة فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه جاز ذلك وان استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه الا أنه أقل من ثلث الجملة روى في العينية أشهب عن مالك له أن يستثنى منه قدر ثلث الثمرة المبيعة ومنع من ذلك ابن القاسم وأشهب ورواه ابن المواز عن مالك وجه الرواية الاولى ان الاعتبار بثلث الحائط في الاستثناء لأن الغرر انما يبقى في الكيل دون القيمة ولا يبقى هذا أكثر من انه استثناء من أفضل أنواع الحائط وتلك صفة رخصها المبتاع لا تدخل غررا في الكيل والقدر فوجب أن يصح ووجه الرواية الثانية ان الغرض قد يكون في نوع منه ويشترى الجملة لاجله واذا استثنى منه كيلا أكثر من ثلثه أدخل غررا في المقصود من البيع وور بما استثنى منه ما يقصر عنه جميعه (مسئلة) ولو باع منه صبرة طعام جزافا لكان حكمها في جواز استثناء ثلثها بالكيل ومنع ما زاد على ذلك حكم الثمرة وحكى القاضي أبو محمد عن ابن الماجشون انه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليلا ولا كثيرا كيلا ولا جزأشائعا قال ورواه عن مالك واحتج بذلك ان الجزاف انما جاز بيعه للضرورة لما يريد

* وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر أن جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الفرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه ثمانمائة درهم ثمرا * وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تباع ثمارها وتستثنى منها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه ان له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك

البائع أن يزيل عن نفسه مشقة الكيل والوزن فاذا استثنى منه جزأ فلا بد له من الكيل فلا يقصد الا المخاطرة في قدر المبيع والفرق بين الصبرة والثمرة ان الثمرة لا يتأتى فيها الكيل والصبرة يتأتى فيها الكيل وهذا عندى يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول في استثناء المبتاع بعض الثمرة المأبورة مع الاصل وبعض الثمرة التابعة للدار المكثرة فهذا على تسليم هذه العلة زاد على منعها وقوله ان الجزاف في البيع أصل في نفسه لما قدمناه من تأتى الحزر فيه فلا يلزم ما قاله عبد الملك

(فصل) وقوله ما ينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك يريد ان استثناء ما زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر فلا يجوز ذلك فان وقع ذلك ففي المدينة عن عيسى يفسخ البيع فان كان المبتاع قد جدها وقد قبض البائع ما استثناءه رد المبتاع كيل الثمر الذي أخذ ان عرف كيلها وان لم يعرف كيلها فقيمتها خرس ذلك لان هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل ص * قال مالك فاما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عددها فلا يرى بذلك بأسا لان رب الحائط انما استثنى شيئا من ثمر حائط نفسه وانما ذلك شيء احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك * ش استثناء الرجل من حائطه في البيع عدد نخلات يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يعينها وذلك لا خلاف في جوازها لانه أوقع البيع على سائرها وهو معين والثاني أن يطلق القول فيقول أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمس فهذا البيع جائز لان له وجهها في الصحة ومخرجايتها وجه اليه وذلك انه يكون شريكا بما استثناءه من العدد في عدد جميع الحائط فان كان استثنى خمسة والحائط خمسون كان له عشر الثمن مشاعا وان كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر وعلى هذا الحساب يكون شريكا (مسئلة) وان كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها فان كان استثنى الكثير لم يجز ذلك وان كان استثنى اليسير جاز ذلك عند مالك ومنع منه ابن القاسم وجه قول مالك ما احتج به من ان المستثنى ليس يتمتع فلا يفسد بغيره ولا شيء مما تفسده البيوع ومعنى ذلك عندى ان ما يجوز في اختياره من أن يأخذ شجرة ثم يتركها ويختار غيرها انما يفسدها ما انتقل الى المختار على غير وجه البيع أو كان باقيا على الملك فان ذلك لا يؤثر فيه ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز للبائع استثناء ما يختارها من الحائط لجواز أن يختار ثمرة ثم يتركها ويأخذ غيرها فيدخله التفاضل في المطعوم ومثل هذا يجوز على البائع في اختياره فيجب أن لا يجوز كالأجوز اختيار المبتاع (مسئلة) وان كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كثير منه لم يجز وان اشترط اختيار يسير منه جاز وجه ذلك أنه اذا اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة قد دخل كثير الغرر فيما بقي منها أو الجهل بصفاتها وتفاوت التغير فيها فساد العقد وان اشترط اليسير منها بقي معظم الجملة فقل الغرر فيها وتفاوت أمرها ويجوز من المبتاع الانتفاع على اختيار الكثير والقليل والفرق بينهما ان ما بقي للبائع بعد اختيار المبتاع ليس بمبيع فلا يؤثر فيه الجهل بصفة ولا كثير الغرر وما بقي للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع ففسد البيع بكثرة الغرر وجهله بالصفة

* قال مالك فاما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عددها فلا يرى بذلك بأسا لان رب الحائط انما استثنى شيئا من ثمر حائط نفسه وانما ذلك شيء احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك * ما يكره من بيع الثمر * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثمر بالتمر مثلاً بمثل فقيل له ان عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

* ما يكره من بيع الثمر *

ص * مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثمر بالتمر مثلاً بمثل فقيل له ان عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

أدعوه لي فدى له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أتأخذ الصاع بالصاعين فقال يا رسول الله لا يبيعونني الجنيب بالجمع صاعا بصاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيبا * مالك عن ابن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خير فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خير هكذا فقال لا والله يا رسول الله أنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعل ذلك بيع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيبا * ش وهكذا قال يحيى بن عبد الحميد والرواة يقولون عبد الحميد وقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلاً بمنزل يريد صلى الله عليه وسلم أن هذا حكم بيع بعضه ببعض وإذا اختص هذا الحكم به لم يكن له حكم مباح غيره بحرم التفاضل فلا خلاف في ذلك في الأربع المسميات البر والشعير والتمر والملح وقد ذكرت كلها في حديث أخرجه مسلم من حديث أبي زرعة عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمنزل يد أي دفن زاد وأزداد فقد أرى لا ما اختلفت أوزانه وأخرجه من حديث عبادة بن الصامت فذكر الأربع المذكورة وذكر معها الذهب والفضة وهذا الحديث وإن كان في أسناده بعض المقال فهذا المقدار منه قبل تلقته الأمة بالقبول فوجب الحكم بصحته وذهب فقهاء الأمصار وجاعة الناس إلى أن هذه المسميات أصول في تحريم التفاضل لفروع لاحقة بها على اختلافهم في أعيان تلك الفروع لاختلاف المعاني المتعدية إليها وذهب أهل الظاهر إلى أن تحريم التفاضل مقصور عليها دون سائر المطعومات والدليل على تحريم التفاضل في الأربعة قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والزيادة فوجب أن يكون التفاضل حراماً في كل شيء لحق العموم إلا ما خصه الدليل

(فصل) إذا ثبت ذلك فاختلف الناس في علة تحريم التفاضل في الأربع المسميات فروى مالك عن سعيد بن المسيب أن العلة عنده الكيل أو الوزن فيما يؤكل أو يشرب وقال أبو حنيفة العلة في ذلك جنس مكيل أو موزون وقال الشافعي علة ذلك أنه مطعوم جنس فاختلفت عبارات أصحابنا في ذلك فاختلف القاضى أبو اسحق أنه مقتات جنس ومذهب مالك في الموطأ أن العلة الاقييات والادخار للكل غالباً واليه ذهب ابن نافع وإن خالفه في معنى الادخار للكل على ما سنبينه إن شاء الله تعالى قال مالك فلا تجوز الفواكه التي تبيس وتدخر إلا مثلاً بمنزل يد أي دفن إذا كانت من صنف واحد وجى على ما روى عن مالك أيضاً أن العلة الادخار للاقييات فلا يجزى الربا في الفواكه التي تبيس لأنها ليست بمقتاتة ولا يجزى الربا في البيض لأنها وإن كانت مقتاتة فليست بمدخرة * قال القاضى أبو الوليد وهذا القول عندي أجري على المذهب وعلى ما يتعلق به أصحابنا من الحديث فالخلاف بيننا وبين أبي حنيفة في فصلين أحدهما أننا نراعى الاقييات وهو لا يراعيه بل يعدى ذلك إلى كل موزون والفصل الثاني أننا نعدى العلة إلى قليل المقتات الذي لا يتأتى فيه الكيل وهو لا يعديها إليه ويجوز فيه التفاضل والخلاف بيننا وبين الشافعي في فصل واحد وهو أنه يعدى العلة إلى كل مطعوم من السقمونيا وشعم الحنظل والادوية وغيرها ونحن نقصرها على ما يقتات من المطعوم ولنا في الدلالة على ما قلناه طريقان أحدهما أن ندل على صحة ما ذهبنا إليه والثاني أن ندل على فساد ما ذهبوا إليه والدليل لنا على صحة ما ذهبنا إليه أن النبي صلى الله عليه وسلم نص

على التماثل في الأربع المسميات على ما تقدم في الحديث فلنا فيه دليلان أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم لما نص على أربعة أشياء مختلفة الاسماء والجنس علمنا أنه قصد إلى ذكر أنواع الجنس الذي يجري فيه الربا ولم يذكر الخبز والبطيخ ليبدل به على الفواكه الرطبة ولا ذكر السقمونيا ولا الطباشير ولا الاسارون لينبه به على الادوية ولا ذكر الجير ولا الرماد لينبه به على المكييل والموزون فكان الظاهر من ذلك أنها ليست من أنواع الجنس فان الجنس لا يخرج عن حكم الأربع المسميات التي نص عليها ووجه ثان وهو أنه لا خلاف أنه قصد به هذه الأربع المسميات إلى التنبيه على علة الربا فيها تأتي بالفاظ مختلفة الجنس والمعنى وهذا يقتضي أن العلة أخص صفة توجد فيها ووجدنا التمر يؤكل قوتا ويؤكل حلاوة وتفكهها فلولا اقتران الخنطة والشعير به للحقت به الحلاوات والفواكه خاصة ووجدنا الشعير يؤكل من أدنى الاقوات ويكون علفا فلولا اقتران الخنطة والتمر به لجاز أن يلحق به أدنى الاقوات خاصة دون أعلاها ولجاز أن يلحق به العلف من القضب والقرط ووجدنا الملح مما يصلح الاقوات ويطبخها فلولا اقتران القمح والشعير به لجاز أن يلحق به الاقوات المصلحة ولجاز أن يلحق به الماء والبقول التي يصلح بها الطبخ ووجدنا البر أرفع الاقوات وما يقتات عاما فلولا اقتران التمر والشعير به لقصرنا حكمه على رفيع الاقوات ومنعنا الربا أن يجزى في أدونها أو يجزى في الارز وغيره مما لا يعم اقتيانه ولو أراد عموم العلة لا كفى باسم واحد منها لأنه لا خلاف ان كلما كثرت أوصاف العلة كانت أخص وكلما قلت كانت أعم وأما الدليل على ابطال ما قالوه ان كل جنس ثبت فيه العلة فان اختلاف الصفات عليه مع بقاء عينه لا يغير حكمه ولا يخرج عن علة كالذهب والفضة وبيان ذلك أن الدنانير والدرهم لما ثبت الربا فيها بعلة الوزن عندهم وبعلة أنها أصول الايمان وفيهم المتلفات عندنا لم يزل حكم الربا عنها على أي وجه كانا من نقار أو تبر أو سكة أو صياغة جرت موزونة أو عسدا ثم نظرنا في الخنطة اذا طحنت وخبرت فانها لا تخلو من أحد أمرين إما أن يكون الربا ثابتا فيها أو غير ثابت فان كان ثابتا حصل ان اختلاف الصفات عليها أخرجهما عن علتها في الربا وأوجب أن يعلل الربا فيها بعلة أخرى وذلك مؤذن ببطلان العلة الأخرى وان كان غير ثابت وجب أن يكون اختلاف الصفات على الجنس الذي ثبت فيه الربا يسقط الربا عنه وذلك باطل باتفاق

(فصل) وأما الدليل على الفصل الثاني وهو ان الربا يجري في قليل الخنطة فهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التمر بالتمر مثلاً بمنزل والخنطة بالخنطة مثلاً بمنزل والشعير بالشعير مثلاً بمنزل والملح بالملح مثلاً بمنزل وهذا عام ودليلنا من جهة المعنى ان كل جنس حرم التفاضل في كثيره فانه يحرم في قليله كالذهب والفضة ومما يختص بالشافعي ان علة الربا في التفاضل لما تعلق بالجواهر المعدنية تعلق بأرفعها وهو الذهب والفضة دون أدونها وهو الرصاص والآلئ والنحاس واذا تعلق بالمطعموم وجب أن يتعلق بأرفعه وهو المقتات دون غيره (مسئلة) اذا ثبت ان العلة الاقليات فان الحكم يقصر على كل ما كوله مقتات دون ما يؤكل على وجه التفكه أو التداوى فجري الربا في الخنطة والشعير والسلت والعلس والارز والدخن والذرة والقطنية والتمر والزبيب والعسل والسكر والزيت على اختلاف أنواعه واللحم واللبن وما يكون منه والملح والابزار والفلفل والسكر وياه وحب السكر بر والقرقة والسنبيل والخردل والقرطم وفي كتاب محمد عن ابن القاسم وودك الرأس وغير ذلك مما يقتات على اختلاف عادات البلاد في ذلك واتفاقها (مسئلة) واختلف

أصحابنا في الشهر والانيسون والكمونين فقال ابن القاسم هي مما يجري فيها الزبالانها من الأقوات
وقال أصبح لا يجري فيها الزبالانها أكثر ما يستعمل على وجه التداوي وبه قال ابن المواز وجه
ما قاله ابن القاسم ان الشمار والانيسون والكمون الاسود يستعمل في الخبز على معنى تطيبه
وتحسين طعمه والكمون الابيض يستعمل في الطبخ كالفلقل ووجه قول أصبح ان الخبز
لا يستعمل فيه صناعة الابزار غالباً ولا يدخل فيه فلا تأثير لها في اصلاح القوت على الوجه المعتاد
(فصل) وأما من جعل من أصحابنا وصف العلة الادخار للكل دون الاقتيات فانه يحرم الربا في
الجوز واللوز والبندق والصنوبر والفسق وأنواع الفواكه كلها التي تدخر وبه قال ابن نافع وابن
حبيب واختلفوا في الفواكه التي يقل ادخارها كالخوخ والمان والاجاص وعيون البقر
والموز مما يدخر ويبس ففي المدينة من رواية يحيى عن ابن نافع انه لا يجوز التفاضل فيها لانه يدخر
ويبس وقال مالك في الموطن انه يجوز التفاضل في الرمان زاد عيسى عن ابن القاسم في المدينة
والخوخ والاجاص وعيون البقر لانه لا يبس وان يبس لم يكن فاكهة واتفق مالك وابن نافع على ان
البطيخ والخربز والقضاء والارجح والخوخ يجوز فيه التفاضل فوجه قول مالك ما احتج به من ان
هذه التي نص عليها لا تبس ولا تدخر غالباً ومنها ما لا يبس بوجه كاللوز وأما الرمان فان يبس خرج
عن حكم الفاكهة وغيرها مما يبس كالخوخ والاجاص والكمثرى فانه لا يبس غالباً ولا تعلق
الاحكام بما يندر وهذا على ما اصاب اليه ابن القاسم وأما على ما نص عليه مالك من الرمان فانه على
ما قال ما يبس منه لا يكون فاكهة فحكمه في الفاكهة حكم ما لا يبس بوجه كالبطيخ والقضاء ووجه
قول ابن نافع ان هذا مما لا يدخر للكل ويبقى بأيدي الناس على حاله المدة من العام فجري فيه الربا
كالجوز وأما قوله مما يدخر فساغ في جميع مانص عليه وأما قوله ويبس فانه راجع الى غير الجوز
ويحتمل أن يرجع الى الرمان بمعنى انه يبس قشره الاعلى الحافظ لوطوبة الحب والله اعلم
ويجب أن يلحق بهذه المسئلة المختلف فيها البرقوق والجراسيا فانهما يربيان على وجه ما يرب
عليه الخوخ والكمثرى والتفاح والله اعلم ومن جعل العلة الاقتيات لم يجز الربا الا في كل مقتات
مدخر وأما ما يكون مدخراً غير مقتات كالجوز واللوز ومقتاتاً غير مدخر كالبيض فلا يجري
في شيء من ذلك الربا وعلى المذاهب الثلاثة فلا يجري الربا في الفواكه الرطبة من التفاح والرمان
والكمثرى وعيون البقر والخوخ وان كان بعضها يدخر فلا يس ذلك معتاد فيها

(فصل) وقوله في الحديث فقيل له ان عاملك على خير ياخذ الصاع بالصاعين ظاهراً ان تعريم
التفاضل في ذلك لم يكن بعد فاشيا ولعله ان يكون ذلك بقرب حدوث هذا الحكم ولذلك لم يعلم به
عامله ولا علم به من علم استجازه عامله للتفاضل فيه ولم ينكره ولا أنهاه الى النبي صلى الله عليه وسلم ولا
شك انه لا يقدم على خير عامل الا من يفقه ويعلم صلاح حاله ولذلك لم ينكره أصحابه على العامل حين
علموا عمله به حتى سمعوا من النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه ان العامل بخير يعمل به ولعل ذلك
الوقت كان وقت ثبوت هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ادعوه لي ظاهراً والله اعلم لي علم منه ما تقدم من فعله في هذا الحكم
ولم ينعه من مخطوره في المستقبل فلما سأله عنه وأخبره انه كان من فعله وان الداعي له الى ذلك تفاضل
التمر وانه لا يجد من يعطيه الجيد الردى مما لا ينهاه عن فعله في المستقبل وبين له الطريق الى
تجصيل غرضه من اخذ الجيد والخروج عن الردى بان يبيع الجمع بالذراهم ويتناع بها الجيب ومن

يثق الله يجعل له مخرجا ولم يرد من طريق صحيح في هذا الحديث بعينه رسول الله صلى الله عليه وسلم
أمر العامل برديعه وان كان روى أمره بذلك في بعض الأحاديث من حديث بلال من رواية مسروق
عنه قال كان عندي تمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدت تمرا أخير منه فاشتريت صاعا بصاعين
فاتيت به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماخذ افقلت له اشتريته صاعا بصاعين فقال رده ورد علينا
تمرنا وندأخرج البخاري هذا الحديث من غير طريق صحيح وليس فيه هذه الزيادة رده ورد علينا
تمرنا قال كان لم يؤمر به رديعه فيحتمل أن يكون لم يؤمر به لأنه كان يبيعه قبل التحريم للسامع من
يستحله ويرى استدامته من أهل الكتاب ألا ترى أنه لو تعامل بذلك كتابيان ثم أسلم أحدهما بعد
أن تقابضاه ليرد شي منه ولذلك لم يرد شي من بیاعات من أسلم من المشركين ولا رجوع النساء عليهم
بمهورهن وان كان منها ما لا يصح أن يكون مهورا (مسئلة) وان أسلم أحدهما بعد قبض أحد العوضين
وقبل قبض الثاني فكان الذي أسلم من له الفضل لم يأخذ له الا مثل ما أعطى ولا يجوز له أن يأخذ
الربا والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذر ما بقی من الربا ان كنتم مؤمنين
فان لم تفعلوا فأنذروا بحرب من الله ورسوله وارتبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون
ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وضع ربا العباس بن عبد المطلب
(مسئلة) قال أسلم الذي عليه الحق فعن مالك في ذلك روايتان احدهما انه قال ان لم أوجب عليه الا ما
أخذ أخاف أن أظلم الذي والثانية انه قضى عليه باز بمثل أن يكون عليه ديناران سلم اليه فيهما
دينار فانه يقضى على المطلوب بالدينارين وقال ابن القاسم من أسلم منهما واجب اسقاط الربا وتراجعا
غيره وجه ما قاله مالك ان تعاملهما حين العقد لم يمنع الاسلام والذي له الحق مستدئم استباحته لان
الاعتبار بوقت العقد لا بوقت الاداء وما قاله ابن القاسم مبنى على أن يراعى وقت التعامل ووقت الاداء
فهو في وقت الاداء حكم بين مسلم وكافر فيجب أن يغلب فيه حكم الاسلام

(فصل) وان ثبت حديث بلال انه أمره باراد فيحتمل أن يكون فعل ذلك بعد ثبوت حكم التحريم
وعكذا يجب أن يكون حكم ما وقع منه اليوم بين المسلمين سواء وقع ممن علم بتعريمه من المتبايعين أو
أحدهما أو جهلا جميعا

(فصل) وقوله فجاءه بتمر جنب روى ابن حبيب عن عبد الملك الجنيب الكبيس وقال أبو
الطاهر المصري الجنيب الذي ليس فيه خلط والجمع المختلط وقال كراع في المنظم الجنيب من التمر هو
المتين ص مالك عن عبد الله بن زيد أن زيدا أبا عياش أخبره انه سأل سعد بن أبي وقاص عن
البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل فقال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يسئل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب
اذا بيس فقالوا نعم فنهى عن ذلك ثم البيضاء هي المحمولة وهي نوع من الخنطة يكون بمصر
والسمراء نوع آخر يكون بالشام وهي أفضل جودة من المحمولة فسؤال سعد أيتهما أفضل في السلت
بالمحمولة لا يخلو أن يريد به أفضل في الصفة أو القدر وفي المدنية سألته عن كراهية سعد البيضاء بالسلت
هل عليه العمل فقال مضت السنة أن لا بأس بذلك يدايد ومثلا بمثل فان كان المسؤل قد جاوب عما
سئل عنه خاصة فقد حل ذلك على التفاضل في الصفة والأظهر عندي انه يريد والله أعلم أفضل في
القدر يعني بذلك أكثر كيلا وفي هذا أمران أحدهما انه لا يخفى على سعد ولا غيره أن الخنطة
أفضل عينا من السلت والثاني انه استدل سعد على ما نهاه عنه بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الرطب

* وحديثي عن مالك
عن عبد الله بن زيد أن
زيدا أبا عياش أخبره أنه
سأل سعد بن أبي وقاص
عن البيضاء بالسلت فقال
له سعد أيتهما أفضل قال
البيضاء فنهاه عن ذلك
وقال سعد سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم
يسأل عن اشتراء التمر
بالرطب فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم أينقص
الرطب اذا بيس فقالوا
نعم فنهى عن ذلك

بالتمر لاجل التفاضل ولو منعه من ذلك لجودة العين لما صح استدلاله بذلك ونهى سعد عن التفاضل في السلت بالبيضاء يقتضى انهما عنده جنس واحد ولذلك أخذ حكمهما من منع التفاضل في الرطب بالتمر وهذا مذهب مالك ان السلت والخنطة والشعير جنس واحد في الزكاة وفي منع التفاضل وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأخذ سعد حكم السلت بالبيضاء من حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الرطب بالتمر دلائل على قوله بالقياس وعلى هذا جماعة أصحابه فلا أعلم أحدا منهم يحفظ عنه قصة أو دعوى أو قضية إلا وجميعها أو معظمها القياس

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الرطب أينقص اذا بيع للقياس وتنبه عليه لانه لا يخفى على أحد أن الرطب ينقص اذا بيع ولكنه صلى الله عليه وسلم أراد أن يبينهم بذلك على علة التحريم وهو التفاضل في هذا الجنس بعضه ببعض وان رطبه وان كان فيه غرض لا يكون في يابسه فانه لا يخرج بذلك عن جنسه ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض اذا اتفقا في معظمها ورأيت في بعض الروايات عن أبي مصعب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن حوله أينقص الرطب اذا جف وذلك يقتضى انه أراد تعليم جميعهم وتقريرهم على أن علة المنع موجودة مساهمة باتفاق ولما قالوا نعم نهى عن بيع الرطب بالتمر فاقتضى ذلك منع التفاضل فيه ولذلك اعتبر نقصانه واقتضاه بمنع التساوي فيه ولذلك اعتبر النقصان بالجفوف أيضا وبهذا قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء وقال أبو حنيفة يجوز بيع الرطب بالتمر متساويا ودليلنا حديث سالم المتقدم عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبعوا التمر حتى يبدو صلاحه وقال لا تبعوا التمر بالتمر وحديث عبد الله بن عمر الذي يأتي بعده هذا من الأصل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة والمزبنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا وهذا عام فيحمل على نموومه إلا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذا جنس فيه الربا يبيع منه مجهول بمعلوم فلا يجوز أصله ببيع الشيرج بالسهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما كان أصله الجنس الواحد فصار على صنفين مختلفين يختلف بهما اسمه والغرض منه فلا يجوز بعضه ببعض متساويا كالبلح الصغير والكبير والرطب بالتمر لا يجوز شيء من ذلك بما خالف صنفه (مسئلة) فأما بيع الرطب بالرطب متساويا فراه مالك وأبو حنيفة ومنع منه عبد الملك بن الماشون وبه قال الشافعي والدليل على ما نقوله ان كل جنس يجوز التساوي بعضه ببعض حال الجفوف فانه يجوز التساوي فيه ما حال رطوبته كالجنين بالجنين والزبد بالزبد واللبن باللبن (مسئلة) فان كان التمر قد أنصف بأن يكون نصف التمر بسمرا ونصف التمر قد أنصف الرطب فهل يجوز بيع بعضها ببعض

﴿ ما جاء في المزبنة والمحاقلة ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة والمزبنة يبيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا ﴾

﴿ ما جاء في المزبنة والمحاقلة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة والمزبنة يبيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا ﴾ ش قوله نهى عن المزبنة والمزبنة اسم لبيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس يابس ومجهول منه بمعلوم وذلك أن الرطب وان عرف كيله في نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضا منه ولعله أن يكون مأخوذا من الزبيب وهو الدفع عن البيع الشرعي وعن معرفة التساوي وقال ابن حبيب الزبيب والزبان هو الخطر والخطار (فصل) وقوله والمزبنة يبيع التمر بالتمر كيلا يقتضى أن يكونا مكيلين لانه حال أحدهما ويجوز أن

يكون تفسير من النبي صلى الله عليه وسلم ويصح أن يكون تفسير من الراوى الآن الأظهر أنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لاتصاله بقوله وان كان من قول الراوى وهو ابن عمر فهو حجة لان هذا أمر طريقه اللغة وابن عمر حجة في ذلك وقد روى غير هذا التفسير فيه فروى زياد بن أيوب دلويه عن ابن عليه عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ما في رؤس التخل بقر بكييل مسمى ان زاد فلي وان نقص فعلى والجواب انه قد ورد فيه التفسيران وما قلناه أصح لانه رواه عن مالك في تأليف مشهور جماعة يبلغون التواتر وروى التفسير الذي ذهبتم اليه زياد بن أيوب وقد رواه عن مالك من حديث أبي سعيد الخدري فيجب أن يكون البيعان ممنوعين فان اسم المزابنة واقع عليهما

(فصل) وقوله وبيع البكرم بالزبيب كيلا يريد العنب وسمى العنب كرمًا وان كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز والاتساع كما يسمى الشيء باسم ما جاوره أو كان منه بسبب وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فانما الكرم قلب المؤمن قال ابن الأنباري انما سمي الكرم كرمًا لان الخمر المشروب من عنبه تحت على السقاء وتأمر بمكارم الأخلاق فنكره النبي صلى الله عليه وسلم أن يسمى أصل الخمر باسم مأخوذ من الكرم وجعل المؤمن أحق بهذا الاسم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون معناه أن العنب وان كان فيه منافع ورزق وخصب لمن رزقه فان قلب المؤمن أكثر خيرا وأنفع لنفسه وللناس ولم يرد ذلك النهى عن أن يسمى الكرم كرمًا ولذلك لم ينقله الناس عن النهى ولا امتنعوا من تسمية شجر العنب كرمًا ولكنه انما أراد به تفضيل قلب المؤمن عليه كما قال صلى الله عليه وسلم ليس الشديد بالصرعة انما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب فهو الذي يظهر لي فيه والله أعلم وأحكم (مسألة) وأما بيع التمر بالتمر كيلا فانه متأت فيه وبه يعتبران جميعا وأما العنب بالزبيب كيلا فان ذلك غير متأت فيه الا الوزن ولا يباع العنب كيلا بوجه ويحتمل أن يريد بذلك صلى الله عليه وسلم انه لا يصح بيع أحدهما بالآخر بالوجه الذي يقوم مقام الكيل في معرفة التساوى ووجه آخر وهو انه قد يسمى الوزن كيلا فيقال هذه عشرة دراهم كيلا ويحتمل أن يريد به العنب جزاها والزبيب كيلا ويحتمل أن يريد به أن يتحرى في العنب مكيلة الزبيب وقد اختلف قول مالك في اجازة التحرى فيما يحرم فيه التفاضل فأجازه في البيض بالبيض والخبز بالخبز واللحم باللحم وفي الخالوم الرطب باليابس وفي الزيتون الغض بالمالح في كتاب محمد وأجازه مع القول باباحته في القديد باللحم الطرى مرة ومنعه أخرى وروى في الواضحة انه قال وما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام والادام لا يجوز قسمته تحريًا وكذلك السمن والزيت والعسل لا يجوز الا كيلا أو وزنا واختلف أصحابنا في تأويل ذلك ففهم من قال ان ذلك على روايتين فانه جوزه على إحدى الروايتين على الاطلاق ومنهم من قال ان ذلك لا يختلف جالين فيجوز مع تعذر الموازين ويمنع مع وجودها ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي بكل حال والدليل على ما نقوله ان هذا معنى وضع في الشرع لمعرفة المقدار فجاز أن يعتبر به المبيع كحرص العربية والزكاة (مسألة) فان قلنا يجوز ذلك في أى شيء يجوز المشهور عن مالك انه يجوز في الموزون دون المكيل والمعدود رواه عنه ابن المواز وغيره وهذا عندى مبنى على قول من قال ان ذلك ممنوع الا في الأسفار وحيث تعدد الموازين وأما على قول من حل ذلك على الاطلاق مع القدرة على الموازين وهو الأظهر لتجوز السلم في اللحم بالتمر فانه يجب أن يجوز ذلك في المكيل - ووجه ذلك ان الكيل يعدم

كما يعدم الميزان والقبضة فليست بمقدار صحيح لانه لا يتأتى فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط بخلاف المكييل المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان التعرى فيما يحرم فيه التفاضل جائز فانه يجوز في يسير مدون كثيره لان كثيره يتعذر فيه التعرى ويخاف فيه الخطأ وقلة الاصابة قاله ابن القاسم (مسألة) وأما ما يجوز فيه التفاضل من المطعومات فانه يجوز في قليله وكثيره رواه ابن حبيب عن يرضى من أصحاب مالك والفرق بينه وبين ما يجري فيه الربا أنه لا يخاف فيه التفاضل الذي يحرم فيما يحرم فيه الربا

(فصل) اذ اثبت جواز التعرى فقد جوز مالكا في الخبز بالخبز والبيض بالبيض واللحم باللحم أما الخبز بالخبز فالذي قاله أصحابنا انه يتعرى ما فيه من الدقيق دون وزن الخبز قالوا لان الخبز بعضه أرطب من بعض فلا تصح المماثلة فيه بالوزن وهذا لا يكاد أن يصح على مذهب مالك المعروف وانما يصح على أصل ابن الماجشون في اعتباره بالرطوبة الباقية في حال الادخار ولذلك منع التمر القديم بالحديث وأما مالك فان ذلك عنده على ضربين أحدهما أن لا يؤكل المطعوم مع الرطوبة الحادثة فيه غالبا كالقول المبلول والقمح المبلول والعجين فانها تمنع صحة التساوي والثاني أن يؤكل بوجودها غالبا كرطوبة الرطب والعنب والخبز وخل التمر والعنب والخميض فان ذلك كله لا يمنع صحة التساوي طارئة كانت أو أصلية فعلى هذا يجوز الخبز بالخبز وزنا ولا يحتاج الى تعرى الدقيق فانه قد صار جنسا آخر كما يجوز بيع الخميض بالخميض كيلا ولا يتعرى ما فيه من اللبن ويجوز خل التمر بخل التمر كيلا ولا يتعرى ما فيه من التمرور بما كان لأصحابنا قولان في أصل واحد واتفق ظهور أحد القولين منهم في أحدهما في فرع من فروعه وظهور القول الثاني في فرع آخر وذلك موجود لهم كثير فيجب تتبعه ورد كل شيء من ذلك الى أصله وقد روى فضل بن مسلمة عن مالك يجوز بيع الكعك بالخبز متفاضلا متائلا وهي رواية ابن القاسم والقديدي بالنيء على التعرى ثم رجع عنه وهذا أيضا فيه نظر لان القديدي والنيء لم يفرق بينهما مصنعة تخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله والكعك والخبز قد وجدت فيهما مصنعة أخرجهما عن أصلهما كحل التمر وأما اللحم فانه يتعرى فيه المماثلة وكذلك البيض وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله ص عن مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانية والمحايلة والمزانية اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل والمحايلة كراء الأرض بالحنطة ش وقوله والمزانية اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل هذا نوع من المزانية وقد تقدم أن معنى المزانية أن يجهل قدر أحد المبيعين من الآخر في الجنس الواحد لان كل واحد منهما ما يقصد الى غبن صاحبه في مبلغ التمرتين والى أن يأخذ أكثر مما يعطى وهذا موجود في هذه المسئلة وفي التي قبلها (مسألة) اذ اثبت ذلك فان المبيع على ضربين ضرب يحرم فيه التفاضل وضرب يجوز فيه التفاضل فأما ما يحرم فيه التفاضل فقد بينا من حكمه ما يليق بهذا الكتاب وأما ما يجوز فيه التفاضل فانه لا يجوز أن يباع يابس برطبه على رؤس النخل لان القبض لا يتجزئ فيه ويحرم فيه التفرق قبل القبض لانه مطعوم ولا يجوز رطبه يابس ولا رطبه برطبه ولا يابس يابس جزافا فيهما ولا في أحدهما والآخر بالكتل على وجه يجوز فيه التساوي والتفاضل حتى يتبين التفاضل في أحدهما فيجوز ذلك وكذلك كل مبيع وان لم يكن مطعوما

(فصل) وقوله والمحايلة كراء الأرض بالحنطة هذا نوع من المحاقلة وقد روى عنه صلى الله عليه

* وحدثني عن مالك عن
داود بن الحصين عن أبي
سفيان مولى ابن أبي أحمد
عن أبي سعيد الخدري
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن المزانية
والمحايلة والمزانية اشتراء
التمر بالتمر في رؤس النخل
والمحايلة كراء الأرض
بالحنطة

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاولة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر والمحاولة شراء الزرع بالحنطة (٢٤٦) واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن

المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك * قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة وتفسير المزابنة أن كل شيء من الجزاف الذي لا يعلم كياله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كياله من الحنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الحنطة أو النوى أو القصب أو العصف أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شئ من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل رب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو وزن من ذلك ما يوزن أو عدد من ذلك ما كان يعد فأنقص عن كيل كذا وكذا أصاعا التسمية يسميها أو وزن كذا وكذا أو عدد كذا وكذا فأنقص من ذلك فعلى غرمه حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن مانقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه يشتر منه شئ بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فأنقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه مانقص بغير ثمن ولا

وسلم النهى عن المحاولة فلا يجوز لذلك كراء الأرض بالحنطة وجه المحاولة فيها أن منفعتها المشتراة منها في أكثرها انما هي لمن زرع الحنطة حنطة فهو يؤول إلى بيع الحنطة بالحنطة جزافا بجزاف أو جزافا بكيل لأن الذي يدفعه المكترى حنطة والذي يمل إليه من منفعة الأرض حنطة وسيأتي بيان هذا مستقصى في كتاب كراء الأرض وقال صاحب العين المحاولة بيع الزرع قبل بدو صلاحه ولا يمتنع أن يكون ذلك نوع آخر من المحاولة وما قدمناه أظهر لأنه إن كان التفسير من قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا يعارض بقول أحد من البشر في لغة ولا شرع وإن كان من قول أبي سعيد الخدري فلا يعارض بقول صاحب العين لغة ولا شرعا ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاولة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر والمحاولة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك * ش قوله والمحاولة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة يريدانهم أنوعان من المحاولة وأن اسم المحاولة واقع على كل واحد منهما وأما استكراء الأرض بالحنطة فقد تقدم القول فيه وأما اشتراء الزرع بالحنطة فعلى نحو ما تقدم من بيع الثمر بالتمر لأنه مجهول مبلغ كل واحد منهما من صاحبه وقد سمي ذلك مزابنة لما ذكرناه وقد روى الليث عن نافع عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ثمر حنطه إن كان نخلا بتمر كيلا وإن كان كرما أن يبيعه بزيب كيلا أو كان زرعاً أن يبيعه بطعام كيلاً ونهى عن ذلك كله فعلى هذا اسم المزابنة واقع على الجميع ومعناها متقارب إلا أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها واسم المحاولة خاص في الزرع والمخاضرة خاص في الخضرة وقد قال صاحب العين إنه يبيع الثمر قبل بدو صلاحها والأول أظهر من جهة اللفظ والله أعلم وأحكم ص * قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة * وتفسير المزابنة أن كل شئ من الجزاف الذي لا يعلم كياله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كياله من الحنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الحنطة أو النوى أو القصب أو العصف أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شئ من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل رب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو وزن من ذلك ما يوزن أو عدد من ذلك ما كان يعد فأنقص عن كيل كذا وكذا أصاعا التسمية يسميها أو وزن كذا وكذا أو عدد كذا وكذا فأنقص من ذلك فعلى غرمه حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن مانقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه يشتر منه شئ بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فأنقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه مانقص بغير ثمن ولا

حتى أوفيك تلك التسمية فما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن مانقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شئ بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فأنقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه مانقص بغير ثمن ولا

هبة طيبة بها نفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا نظارة (٢٤٧) قلنسوة قدر كل نظارة كذا وكذا لشيء يشبهها

نقص من ذلك فعلى غرمه أوفيك وما زاد فلي أو أن يقول الرجل للرجل أضمن لك من ثيابك هذه كذا وكذا قميصا ذراع كل قميص كذا وكذا فاقطع من ذلك فعلى غرمه وما زاد فلي أو أن يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الأبل اقطع جلودك هذه نعلا على أمامي به أياه خا نقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فلي أو أن يقول الرجل للرجل له عندك حبة البان أعصر حبك هذا فاقطع من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكه وما زاد فهو لي فهذا كله وما أشبهه من الأشياء أو ضارعه من المزبنة التي لا تصلح ولا تجوز وكذلك أيضا إذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القصب أو الغصفر بل ابتاع منك هذا الخبط بكذا وكذا صاعا من خبط مثل خبطه أو هذا

هبة طيبة بها نفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا نظارة قلنسوة قدر كل نظارة كذا وكذا لشيء يشبهها كذا وكذا قميصا ذراع كل قميص كذا وكذا فاقطع من ذلك فعلى غرمه وما زاد فلي أو أن يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الأبل اقطع جلودك هذه نعلا على أمامي به أياه خا نقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فلي أو أن يقول الرجل للرجل له عندك حبة البان أعصر حبك هذا فاقطع من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكه وما زاد فهو لي فهذا كله وما أشبهه من الأشياء أو ضارعه من المزبنة التي لا تصلح ولا تجوز وكذلك أيضا إذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القصب أو الغصفر بل ابتاع منك هذه الخبطة بكذا وكذا صاعا من خبط بخرط مثل خبطه أو هذا النوى بكذا وكذا صاعا من نوى مثله وفي الغصفر والكرسف والكتان والقصب مثل ذلك فهذا كله يرجع إلى ما وصفناه من المزبنة * ش وهذا كمال أن كل ماله مقدار يباع به من كيل أو عدد أو وزن يبيع منه معلوم مجهول فانه لا يجوز وذلك على ضربين أحدهما لا يجوز فيه التفاضل والثاني ما يجوز فيه التفاضل فاما لا يجوز فيه التفاضل فانه يدخله الجهل بالتساوي وهو مجرى في المنع مجرى العلم بالتفاضل ويدخله مما يجوز فيه التفاضل مع إمكان التفاضل والتساوي الغرر والقصد إلى المخاطرة بأن يغيب أحدهما صاحبه في الجنس الواحد فان تبين التساوي بالتعري أو تبين التفاضل جاز وذلك للبعد عن قصد المخاطرة

(فصل) وقوله وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل له الطعام والمصبر كل صبرتك هذه إلى آخر المسئلة معناه أن كل من كان له شيء من الجزاف من طعام أو غيره فأنه من قال له أضمن لي من هذه الصبرة مقدار كذا وكذا فإذا زاد عليه على وما نقص فعلى فذلك لا يجوز لأن هذا مجرد المخاطرة والمقامرة وأبلغ ما يكون من الغرر الذي نهى عنه لا خلاف في منعه وتحريمه وإن الذي يبيع الجزاف بالمكيل من جنس واحد أو آل فعله إليه لانه يدفع إليه في صبرة صبرة مثلها من جنسها لا يعلم مماثلتها ولا فضلها عليها يقصد بذلك غيبه في كيلها بجنسها فان كانت التي يعطيه أفضل فقد ضمن له ما نقص من صبرته عما قدر فيها وإن كانت أقل فقد كان له الفضل فذلك منع مالك المكيل في الجزاف بالجنس الواحد ومثل هذا المعنى موجود في الجزاف منه بالجزاف فذلك منع مالك في الجنس الواحد الجزاف بالجزاف حتى يتبين القصد فيعلم أن غرضه عن المبلغ والمخاطرة والكثرة والقلّة

* جامع بيع الثمر *

ص * قال مالك من اشترى ثمر من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة أنه لا بأس بذلك إذا كان يؤخذ عاجلا يشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يتباع

النوى بكذا وكذا صاعا من نوى مثله وفي الغصفر والكرسف والكتان والقصب مثل ذلك فهذا كله يرجع إلى ما وصفناه من المزبنة * جامع بيع الثمر * قال مالك من اشترى ثمر من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة أنه لا بأس بذلك إذا كان يؤخذ عاجلا يشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يتباع

منها رجل دينار أو دينارين ويعطيه ذهبه
دينارين ويعطيه ذهبه
ويشترط عليه أن يكيل
له منها فهذا لأبأس به فان
انشقت الراوية فذهب
زيتها فليس للبتاع الاذهب
ولا يكون بينهما بيع
* قال مالك وأما كل
شيء كان حاضرا يشترى
على وجهه مثل اللبن اذا
حلب والرطب يستجنى
فيأخذ المبتاع يوما بيوم
فلا بأس به فان فني قبل أن
يستوفي المشتري
ما اشترى رد عليه البائع
من ذهبه بحساب ما بقي له
عليه أو يأخذ منه المشتري
سلعة بما بقي له يتراضيان
عليها ولا يفارقه حتى
يأخذها فان فارقه فان ذلك
مكروه لأنه يدخله الدين
بالدين وقد نهى عن
الكالي بالكالي فان
وقع في بيعهما أجل فانه
مكروه ولا يحل فيه تأخير
ولا نظرة ولا يصلح الا بصفة
معلومة الى أجل مسمى
فيضمن ذلك البائع للبتاع
ولا يسمى ذلك في حائط
بعينه ولا في غنم بأعيانها

منها رجل دينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكيل له منها فهذا لأبأس به فان انشقت
الراوية فذهب زيتها فليس للبتاع الاذهب ولا يكون بينهما بيع * قال مالك وأما كل شيء كان حاضرا
يشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يحبنى فيأخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فني قبل
أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له عليه أو يأخذ منه المشتري
سلعة بما بقي له يتراضيان عليها ولا يفارقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لأنه يدخله الدين
بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي فان وقع في بيعهما أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا
نظرة ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للبتاع ولا يسمى ذلك في حائط
بعينه ولا في غنم بأعيانها * ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشتري ثمر من حائط معين أو لبن من
غنم معينة اذا كان المشتري يشترع في قبضه يريد ان ذلك في وقت يمكن قبضه بان يبدو صلاح الثمرة
وكون اللبن في الغنم وأما اذا لم يبدو صلاح ثمر الحائط أو لم يكن في تلك الغنم لبن فذلك غير جائز والأصل
في ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وأما لبن الغنم فانه يجوز ذلك فيه
خلاف الشافعي ان هذا مانع طاهر خارج من حيوان لا يختلف جنسه غالبا فجاز أن يفرد بالبيع
دونها كما العيون ودليل ثان أن هذه أثني ذات لبن فجاز أن يستباح أخذها بالمعاوضة عليه دونها
كالطير

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله اذا كان يوجد عاجلا يشترع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن يريد
أن لا يتأخر ذلك تأخير الاحتياج اليه لتمام النضج وانما يتأخر بقدر ما يحتاج اليه لتمام النضج
والارطاب كالحسنة عشر يوما وقال مالك في كتاب ابن المواز عشرين يوما وجه ذلك ان مثل هذه
المدة تؤخر الثمرة في رؤس النخل طلبا للارطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتا بعد وقت بنضارتها
مع ما قدمناه من ان ذلك من ضمان البائع وأما ابن القاسم فانه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة لانه
لا غرض في تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ وهذا فيما يشترع فيه منه وأما اتصاله بعد ذلك فيجوز
تأخيره أخذا للتمكن من قبضه أو لبقاء حلاوة ما يحتاج أن يأخذه منه في كل يوم وأما الصوف يشترى
على ظهور الغنم فانه يجوز أن يتأخر بقدر ما ينظر في جزها ويكون ذلك مدة لا يزيد الصوف في
مثلها روى محمد عن مالك العشرة أيام والخمسة عشر يوما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قدمنا ان
شراء الثمرة في رؤس النخل يكون على ثلاثة أوجه وقد تقدم بيان الوجهين وبقي تبين الوجه الثالث
وهو اذا اشترى منه أصوعا معروفة فان ذلك على ضربين أحدهما أن يشترط أخذه على حاله وصفته
والثاني أن يشترط أخذه بعد تغير صفته فاما أخذه على حاله بسرا فهو جائز لانه بمنزلة اشتراء أصوع تمر
من صبرة أو اشتراء أصوع رطب أو بسر من صبرة فان اشتراط ابقاءه الى تغير صفته فلا يخلو أن يشترط
ذلك حال بسوره الى أن يصير رطبا أو الى أن يصير تمرا فان اشتراط أخذه رطبا فلا خلاف في جواز
ذلك بين أصحابنا ووجه ذلك أنه معلوم الصفة لان الارطاب انما هو نضج وليس فيه نقصان من
القدر ولا زيادة ولا تغير معنى أكثر من النضج فجاز ذلك (مسئلة) وأما ان اشتراط أخذه تمرا فان
ذلك ممنوع في الجملة قال ابن وهب عن مالك وكذلك لو وقع العقد حين الارطاب واشترطه تمرا ووجه
ذلك انه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه لأن التغير يلحقه في المقدار والصفة وذلك مؤثر في منع العقد
الا انه لا يتفاوت تغيره ولذلك لم يؤثر عند مالك وأكثر أصحابه في فساد العقد وقال ابن عبد الحكم في
بيع الزرع اذا أفرط يفسخ فيه البيع ووجهه أن التغير يلحقه في المقدار والصفة وذلك يمنع صحة

العقد عليه كالأشتره صغيرا واشترط عظمه ويجعل ذلك عندهم على الكراهية وحكمه حكم
الزرع يباع إذا أفرق وقد تقدم ذكر الخلاف فيه ولو كان ذلك على التعريم لرد لأن ما يكال أو
يوزن لا يفوت بذهاب العين ويرد مثله ووجه ذلك أن تغيره لا يتفاوت وقد روى ابن القاسم عن
مالك في العتبية أنه إن لم ينقد فلا بأس أن يشترطه ثمرا وهذا يقتضي أن ذلك لمراعاة معان أن وجدت
لزمه الصفة وإن عدمت كان المشتري بالخيار ولعله قد ذهب إلى أن لهذا الجنس من التمر صفة
معتادة أن وجد عليها اللصا بة في التجفيف ومحاولة وسلامته في ذلك من العاهات لزم المشتري وإن
عدمت تلك الصفة لمبالغة في التجفيف أو نقص منه أو يعتبر بمعنى في مدة التجفيف كان المبتاع عند
رؤيته بالخيار والله أعلم (فرع) وهذا إذا اشتراه كيلا وأمان اشتراه جزافا ففي الموازية
لاخير في أن يشتري ثمرا الحائط ويشترط أخذه ثمرا الأمن اشتراه جزافا فاما بالكيل فلا (مسألة)
وأما شراء لبن الغنم المعينة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يشترط مكيلة من لبن غنم باعيناها وذلك
يحتاج إلى ثلاثة شروط أحدها أن يشرع في أخذه والثاني أن يذكر ما يقبضه كل يوم ويضرب
لذلك أجلا يبقى لبن تلك الغنم إلى مثله والثالث أن يشترط من اللبن مقدار يعلم أن مثل الغنم
لا يقصر عنه في الاغلب ومثل هذه الشروط يعتبر في شراء أصوع من حائط معين وأجازه ابن
القاسم وأشهب في الشاة والشاتين (مسألة) والضرب الثاني أن يشتري لبنها أجمع فان ذلك
جائز في سوائهم الغنم الذي لا يختلف ويعتبر في ذلك أن يكون في ابان اللبن ولذلك يضرب أجل
يعلم أن لبنها لا ينقطع إلى مثله شهرا أو شهرين والفرق بين هذا وبين التي لا يجوز أن يشتري
ثمراها إلى مدة مقدرة وانما يجوز ذلك على الاستيعاب أن المقناة تشتري بأصولها فلا يجوز أن
يستثنى بعض منافعها والغنم لم تشتري رقابها وانما اشتريت منفعة منها فوجب أن يضرب لتلك المنفعة
أجلا يتقدر به ويجب أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلاها حين التبايع والالم يجوز ذلك لأن
قدر لبنها يختلف باختلاف الاعوام وقوتها وسمنها وهزاها فيجب أن يعلم قدر ذلك وبالله التوفيق
(مسألة) وهل يجوز ذلك في الشاة الواحدة روى أشهب عن مالك جوازه وروى عنه ابن
القاسم منعه وهو الأكثر وقال أصبغ إن وقع لم أفسخه إذا كان في الابان وعرف وجه حلاها
والغرر فيها وفي العدد سواء وهو في الواحدة أثقل وجه اجازته اعتباره بالكثير ووجه نفيه ان
الشاة الواحدة يلحقها التغير والنقصان والزيادة فيتبين الغرر والغنم الكثيرة يجعل بعضها بعضا فلا
يظهر في جملتها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الغرر فيها (مسألة) ومن أكثرى ناقة أو بقرة
للسقي أو للحرث شهرا فقد قال مالك ذلك جائز إذا عرف وجه حلاها وكان الابان وفرق شيوخنا
بين هذه المسئلة وبين مسئلة الشاة الواحدة على رواية المنع بان اللبن في مسئلة الناقة تبسع لأن المقصود
منها العمل والمقصود في مسئلة الشاة اللبن فإثر في الغرر وقال أصبغ لا أفسخه في الشاة والكراء
الأن يبتاع وما يحزر عليه من أمر يظن بعدم مؤثر في العقد كجائحة الفرة

(فصل) وقوله وانما مثل ذلك كراوية زيت يبتاع منها رجل بدينار أو بدينارين ويشترط عليه
أن يكيل منها قياس صحيح في شراء مكيلة معلومة من حائط بعينه على شراء مكيلة معلومة من راوية
بعينها ولا فرق بينهما التساوي أجزائها ولا يكون له من ذلك الا المكيلة التي تشتري ولو كانت الجملة
تختلف أجزاؤها مثل ان يكون غنما أو نخلا واشترى منها عددًا غير معين ولم يشترط خيارا لكان
شريكا في الجملة بقدر عدد ما اشتري من عدد تلك الجملة

(فصل) وقوله فان ادشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع الاذهب ولا يكون بينهما بيع يريدانه لما اشترط الكيل على الزيت وتلف قبل أن يستوفيه المبتاع بالكيل وجب أن يكون من ضمان البائع وهذا الخلاف فيه وجملة ذلك أن المبيع على ضربين أحدهما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود والثمرة في رؤس النخل لم يتناه صلاحها والمسلم فيه والضرب الثاني ليس فيه حق توفية بالعقد الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والثمرة في رؤس النخل يابسة وقال القاضي أبو محمد فأما ما فيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد فضاهاه قبل توفيته بذلك من البائع ووجه ذلك أن المبتاع ممنوع من تسليمه لا يستطيع الانتفاع به الا بعد التوفية كالذي في الذمة (مسألة) وأما ما يذرع فروى أشهب عن مالك في العتية من ابتاع دارا غائبة مزارعة أو حائطاً على عدد النخل فهلكت ان ضمانها من البائع والمشهور عنه ان الدور والارضين والحوائط من المبتاع الا انه لما باعها على الذرع وكان ذلك وجه استيفائها تعلق بضمان البائع حتى يوفى ايام بالعدد والدليل على ذلك ان هذا معنى يتقدر به المبيع فكان له تأثير في توفيته كالمكيل والموزون (مسألة) وأما الثمرة في رؤس النخل فقد تقدم ذكرها وهما أن ضمانها من البائع فاجتها الى بقائها في الاصل وتغذيتها به وقدر وى ابن القاسم عن مالك في الضأن يشتري صوفها فيصاب منها أكبش قبل أن تجز بسرقه أو يبيع ان ضمانها من البائع ويوضع عن المشتري بقدر ذلك ووجه انها متغذية بأصل البائع حتى يقبضها على ما جرت به العادة كالثمرة (فرع) وبما يصح الاستيفاء في المكيل والموزون حكى أصحابنا ان ذلك في المكيل بان يصب غير المكيل في اناء المبتاع فان تلف بعد تمام الكيل وقبل تغذيته في اناء المبتاع فهو من البائع وهذا اذا تولى كيله البائع أو أحد بأمره لأن الكيل عليه وأما ان تولى كيله المبتاع فاختلف أصحابنا في ذلك ففي الواضحة من البائع وقال سمنون هو من المبتاع ووجه ما قاله ابن حبيب ان الكيل على البائع فاذا تولى المشتري فاما يتولاه على وجه النيابة فكانت حاله حال البائع ووجه ما قاله سمنون ان الاستيفاء يتم بوفاء الكيل اذا تولى المشتري لان ما بعد ذلك من تغريغ الكيل في انائه عمل بعد تمام الاستيفاء وقال سمنون في الوزن مثل ما تقدم في الكيل وهذا فيما اشترى على هذا النوع من الكيل والوزن وأما ما يوزن بنظروفه في قبضه المبتاع ليفرغه ثم يوزن الظروف فان قبضه للظروف على ذلك قبض للزيت وان تلف قبل أن يفرغ الظروف فهو منه حكاه ابن المواز عن ابن القاسم (فرع) وهما نوع آخر من الاستيفاء وهو أن يتفقا على تسليم اناء مملوء بزيت فيأخذ المبتاع على أن يملأ بقدر ذلك فيكتال قال أصبغ في كتاب محمد فذا قبض والضمان من المبتاع قبل تغير الاناء وهذا عندى انما جعل بالاتفاق عليه واستعجل المبتاع القبض قبل التقدير وروى ابن حبيب فممن اشترى زرعاً على الذرع فهلكت قبل الذرع ان ذلك من المبتاع ووجه ذلك ان ما يقدر به باق وهذا يجب أن يلزم من غير اتفاق عليه ولا رضاه لانه لا يصح أن يقدر به لنفسه وانما يقدر بغيره فلا تعلق بحق التوفية بعينه (مسألة) ومن كانت لرجل عنده دنائير دنيا فدفعت اليه دنائير فقال له خذها وزنا فان كانت وفاء فهي لك وما زاد فاردده وما بقى أوفيكه فهلكت قال ابن القاسم هي من قابضها اذا قبضها على وجه الاقتضاء والرهن ولو كانت بمعنى الوديعة كانت من الدافع وقال أصبغ في كتاب ابن المواز ومن كانت عليه ثلاثة دنائير قائمة فدفعتها الى الذي هي له وقال له ربحها فوجدت من قائم فهو لك فان ضاعت قبل أن يعرف ان فيها قائم فهي من الدافع وقال أصبغ في قول ابن القاسم في هذه المسئلة من قبضها على القضاء لا يشك فيها

ولولم يكن على القضاء لكان رهنا لانه سبب ما دفع عنه وقال ابن حبيب في مسألة مالك في الذي دفع ثلاثة دنانير الى من له عليه دينار ليقتضى منها واحدا يختاره فيضيع انه لا يضمن القابض الا واحدا ان معنى ذلك اذا لم يشك ان فيها اوازنا وأما ان جهل ذلك وقال ضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيئا منها ولا يكون متقاضيا وهو مصدق ويحلف انه ما علم فيها الا اوازنا ولا وزنها حتى ضاعت الا أن تكون الدنانير من الكثرة بحيث لا يشك ان فيها دينارا وازنا فانه يضمنه خاصة وهكذا قال لي من كاشفت من أصحاب مالك

(فصل) وأما ليس فيه حق توفية كالعبد الحاضر والثوب وكل مبيع من المكيل والموزون والمعدود جزا فان ضمانه بنفس العقد من المشتري خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان ضمانه من البائع قبل قبض المشتري وان العقد ينفسخ بتلفه والدليل على ما نقوله حديث محمد بن خفاف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء وعملا بما تضمنه فاستغنى عن معرفة عدالة ناقليه ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد معاوضة فكان تلف العوض العين فيه ممن صار اليه بنفس العقد أصل ذلك عقد النكاح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذي ليس فيه حق توفية لعينه وجنسه اذا اشترط البائع الانتفاع به مدة يجوز له واختلاف أصحابنا فبين شرط ركوب دابة باعها يوما بعد ثلاثة أيام فقال أبو زيد عن ابن القاسم انها من ضمان البائع ما بقي له فيها شرط سواء تلفت بيده أو بيد المبتاع وقال أصبغ وابن حبيب هي من ضمان المبتاع ماتت بيده قبل الركوب أو بعده أو بيد البائع وجه ما قاله ابن القاسم ان البائع لما شرط ركوبها مدة وجب أن يتعلق بضمانه الى انقضائها لانه لا يوفي المبيع الا بعد استيفاء ما شرط فيه ووجه ما قاله أصبغ ان هذا بيع ليس عليه فيه حق توفية فلم يكن في ضمانه وما شرط فيه من الانتفاع حق لنفسه وليس كذلك ما شرط للبائع من يصح بمده فان ذلك حق للمبتاع يلزمه أن يوفيه اياه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فان المبتاع يرجع على البائع بجميع الثمن وان قلنا بقول أصبغ فهل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من الركوب قال أصبغ في كتاب ابن المواز لا يرجع عليه بشئ وقاله علي بن زياد وسحنون فبين باع دارا واستثنى سكنها سنة أو باع دابة واستثنى ركوبها يومين وقال ابن حبيب يرجع عليه بقدر ما استثنى من الثمن وجه القول الأول انه لم يتعلق به حق بذمة المبتاع ولا شئ في يده فلم يكن له عليه الرجوع بشئ ووجه القول الثاني ان العين المبيعة قد صارت ملكا للمبتاع وجعل منفعتها من الشرط للبائع بعض الثمن فاذا نعتز على البائع استيفاء تلك المنفعة بتلف المبيع رجع بثلث المنفعة (مسئلة) فان شرط البائع من الركوب بعد ثلاثة أيام ما لا يجوز فهي ممن تلفت بيده من كتاب ابن المواز لانه يبيع فاسد فلا يضمن الا بالقبض وقبض المبتاع لها قبل شرط البائع قبض يضمن به والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما قوله وكل شئ كان حاضرًا مشتري على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجنى فيأخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به وهذا كما قال ان حكم هذا حكم البيع لانه حاضر يتجزأ قبضه وهو مرئي مشاهد معين فلا يتعلق بالذمة وانما يتعلق بمقدار معلوم من جملة معينة على ما تقدم وقوله مثل اللبن اذا حلب يريد أن يبدأ اللبن في الغنم ويعرف لبنها ويستجنى الرطب فينظر المبتاع الى قدر ما يجنى منه يوما فيشترط قبضه فيصلح ذلك في العقد ومن ذلك أن يقول له أخر عنك هذه الثلاثة الأيام فاجنيه منها كل يوم فأنا آخذ منك ثلاثة أصوع بدینار فأما الذي في المدونة انه جائز لانه قد نظر الى

الثمر وعرف مقدار ما يتعجل منها في هذه المدة ولو ضرب لذلك مدة طويلة لا يظهر ما يربط اليه ولا يعرف قلته من كثرته لم يجز ذلك وهذا حكم الدين اذا عرف قدره وضررت له مدة لا يختلف فيه وقد أنكر هذا بعض أصحابنا والصحيح عندي ما قدمت

(فصل) وقوله فان فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشتري رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له يريد أن يخطئ في خزرهما فلا يكون في الخاطئ ما يتبايعا أو تصيبه جائحة تذهب ببعض ثمرته فان وقع ذلك فالمبتاع أحق ببقية حتى يستوفي شرطه وكذلك لو أراد البائع أن يذهب ببعض ثمرته لم يكن ذلك له ومنع منه الآن يرى أن فيما بقي من الثمرة تمام حق المبتاع منها فان قصرت الثمرة عما ابتاعه انفسخ البيع بينهما فيما بقي لانه ابتاع منه معينات تلف بعضها قبل البعض فبقي البيع فيما قبض منه وفات وبطل فيما بقي

(فصل) وقوله ويرد بحساب ما بقي هل يكون ذلك على التقديم أو على الكيل في المزاينة في الثمرات التراجع على الكيل وانما يكون التراجع على القيمة في الذي يتبايع به الغنم أياما معدودة فيحطبها أياما ثم تموت أو يموت بعضها وهذا يدل على أنه انما أراد بمسئله التمر ما يسلم فيه ليؤخذ في يوم واحد انه على حساب الكيل واذا شرط أخذه في أيام مختلفة تختلف فيها قيمة الثمرة فوجب أن يراعى ذلك التقويم كمسئله الدين

(فصل) وقوله ويأخذ منه المشتري سلعة بما بقي يتراضيان عليها ولا يفارقها حتى يأخذها وان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي يريد ان له أب يأخذ منه بالذي بقي عليه من ثمن حصته ما لم يقبضه من الثمرة ماشاء من السلع مطعوما أو غير مطعوم وله أن يأخذ في ذلك تمر أو رطباً أكثر من المكيلة التي فاتته وأغل لا ذلك يبيع مبتدأ الا أن من شرط صحته القبض دون التأخير فان أخذه فلا يخلو أن يكون مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية فان كان فيه حق توفية فلا يخلو أن يكون يأخذه لغير ضرورة أو للضرورة فان كان لغير ضرورة فالذي نص عليه في المدونة (مسئله) وان كان لضرورة فلا يخلو أن يكون لا يمكن تعجل قبضه كثره بدا صلاحها ولم يحل جدادها أو سكنى داراً أو خدمة عبداً أو عمل صانع أو خادم يكون فيها عهدة أو مواضعة أو بيع على الخيار فهذا كله منع منه ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أشهب يجوز ذلك في الاجارة والكراء ورواه عن مالك حكى ذلك كله ابن المواز وحكى عنهما المنع في شراء الخيار وشراء المواضعة والتمرة التي تستجد وحكى القاضي أبو محمد عن أشهب انه يجيز ذلك كله ووجه رواية ابن القاسم أن ذلك يدخله فسخ دين في دين وقد يعبر عنه أصحابنا بما عبر به مالك انه يدخله الدين بالدين يريد أن الدين الاول بالدين الذي فسخ فيه وذلك كله توسع في عبارة ومعنى قولنا انه فسخ دين انه كان له دنائير متعلقة بذمته فلما نقلها الى معنى ثان في ضمان الذي كان عليه الدين من ثمرة لم يبد صلاحها أو جارية على المواضعة لم تبرأ ذمة الذي عليه الدين بذلك من الدين الذي كان عليه لان الثمرة أصابها جائحة فمضى من بائعها وكذلك الأمة في مدة المواضعة فلم تبرأ ذمته من الدين ولا بقيت مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل دفع الثمرة والجارية بدنية لا ذمته أولاً كانت مشغولة بالدنانير خاصة وهي الآن مترددة بين براءتها ان سلمت الثمرة أو الجارية أو بقاء الدنانير فيها ان أصابها جائحة فأشبه ذلك انتقالها من الاشتغال بالدنانير الى الاشتغال بثياب أو رقيق أو غير ذلك وهذا فسخ دين في دين ووجه رواية القاضي أبي محمد ان هذا عين وليس بدين ولذلك لا يتعلق

شيء منه بالذمة (مسئلة) وأما ان كان المانع من استعجال قبضه ما فيه من حق التوفية كالملك والموزون يكثر فيحتاج في كيله الى المدة ويحتاج الى اعداد مكان يجعل فيه أو سفينة فاذا شرع في ذلك واتصل العمل في الاستيفاء جاز ذلك وان طال الأمر يوما أو يومين قال أشهب وشهرا اذا اتصل ذلك (مسئلة) وان كان مما ليس فيه حق توفية كالثوب والدابة والعبد فلا يخلو أن يبقى بيد البائع لمنفعة من استخدام أو لتوثق الى أن يشهد أو يبقى بيده لغير منفعة فان بقيت بيده المنفعة فلا بأس بذلك بشرط وبغير شرط وأما ان شرط حبسها لغير منفعة في المدونة عن ابن القاسم لا يعجبني ذلك ولا أفسخ بها البيع

(فصل) وقوله فان وقع في بيعها أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة يريدانه ان شرط في شيء من ذلك مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية التأخير فانه غير جائز لان البائع لا يبرأ بالعقد فعاد الى فسخ الدين في الدين ويدخله التأجيل في المعين وهو يمنع صحة العقد

(فصل) وقوله ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للمبتاع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها يريدان الاجل والتأخير لا يصلح أن ينعقد به بيع الا بصفة معلومة الى أجل مسمى ويكون البيع مضمونا في الذمة وأما العين فلا يصلح فيه طویل الأجل لانه لا يعرف سلامته اليه فيمكن تسليمه أو لا يسلم فلا يمكن تسليمه وما كان حاضرا ولا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه والفرق بينه وبين المسلم اليه في صحة العقد عليه وان لم يتيقن سلامته الى أجل ان ذمته المتعلقة بماله باقية بعده تنوب عنه في اداء ما عليه وليس كذلك المعين المبيع فانه ليس لفوائده بدل ينوب منابه فافترقا (مسئلة) وأما ما قرب من الأجل فلا بأس أن يشتري المعين اليه ويشترط بقاءه عند البائع المدة اليسيرة التي لا يتغير مثله اليها غالباً وذلك على وجهين أحدهما أن يشترط ذلك لوجه منفعة كركوب الدابة ولبس الثوب أو امساكه على وجه التزين بالاشهار أو غير ذلك فلا بأس لانه لا غرر فيه إذا الغالب من البائع بقاء صفته الى مثل هذه المدة والحاجة داعية اليه فاذا اشترط بقاءه لغیر عوض ففي المدونة من قول مالك انه مكروه فان وقع لم يفسخ البيع (مسئلة) والمدة التي يجوز بقاء الارض بيد المبتاع في المدونة اشتراط السنة في الدار ليس بيعه وكروه ما بعد عن ذلك (مسئلة) وأما ركوب الدابة فجوز ابن القاسم ومطرف استثناء ركوبها اليوم واليومين وروى ابن حبيب عن مالك تجوز ركوبها يومين في السفر وروى عنه أشهب المنع من ذلك في السفر وروى ابن المواز منع ركوبها في ثلاثة أيام وقال ويفسد العقد ووجه ذلك ان الدابة يسرع اليها التغير ولا سيما دواب الكد والعمل فانها تدبر وتتغير وتضعف ولو كانت من دواب الجبال والركوب خاصة لجاز ذلك فيها لانها لا تكاد تتغير في مثل هذه المدة ما لم يكن سفرا * وسئل مالك عن

* وسئل مالك عن الرجل يشتري من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكيس والعنق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منها ثمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك ثمر النخلة من العجوة ومكيله ثمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها ثمر نخلة من الكيس ومكيله ثمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التي فيها خمسة عشر صاعا وترك التي فيها عشرة أصوع من الكيس فكأنه اشترى العجوة بالكيس متفاضلا قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبر الكيس عشرة أصوع وجعل صبرة العنق اثني عشر صاعا فأعطى صاحب التمر ديناراً

الرجل يشتري من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكيس والعنق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منه ثمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك ثمر النخلة من العجوة ومكيله ثمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها ثمر نخلة من الكيس ومكيله ثمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التي فيها خمسة عشر صاعا وترك التي فيها عشرة أصوع من الكيس فكأنه اشترى العجوة بالكيس متفاضلا * قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبرة الكيس عشرة أصوع وجعل صبرة العنق اثني عشر صاعا فأعطى صاحب التمر ديناراً

يشترى الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له إذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقي له من ديناره إن كان أخذ بثلاثي دينار رطباً أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وإن كان أخذ ثلاثة أرباع ديناره رطباً أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ بمابقي له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له إن أحب أن يأخذ تمراً أو سلعة سوى التمر أخذها بما فضل له فإن أخذ تمراً أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وإنما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو التجار أو العمال لغبر ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف أجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن إلى الذي سلفه ما بقي من كراء

على أنه يختار فيأخذ أي تلك الصبر شاء قال مالك فهذا لا يصلح * ش وهذا كما قال وهو مبني على تحريم التفاضل في التمر رطبه وتمره فإذا كانت صبره مختلفة المكيلة أو غير متيقنة التساوى فقد باع بعضها ببعض لوجهين أحدهما أن ابتاعها فدينها كل واحدة من الصبر تناولا واحدا فإذا عين منها صبرة فقد ترك ما تناوله ببيعته من غيره لما أخذ من الصبرة التي تخير والوجه الثاني أن متاع التمر قد يأخذ صبرة العجوة وبيعها ثم يتركها ويأخذ بدلها منها الكيس أو العنق دون أن يعلم بذلك البائع فيدخل ذلك التفاضل في التمر وإذا كان ذلك يكثر لترجيح الحوز والاختيار حصل عليه كل ما اشترى على ذلك (مسئلة) وهذا حكم ما يحرم فيه التفاضل إذا اختلفت مقاديره فإن كان المبيع مما لا يحرم فيه التفاضل كالحيوان والثياب وإن اختلفت أجناسه واختلفت الأثمان لم يجز الاختيار فيه وسيأتي بيانه بعد هذا في باب بيعتين في بيعة وإن اتفقت أثمانه وأجناسه فلا بأس بالاختيار في ذلك مثل أن يقول له بعتك أحدهذين الثوبين أيهما شئت يريد سواء شرط الخيار في عقد البيع أو لم يشترطه ولا يجوز عند الشافعي شرط الخيار أو لم يشترطه وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترط اختيار عبد من عبيد أو ثلاثة ولا يجوز في عبد من أربعة والدليل على ما نقوله أن كل جلة صح العقد على واحد منها معين صح العقد على واحد منها غير معين أصله قفيز من صبرة (مسئلة) وسواء اختار معظم الجلة أو اشتراها بخلاف البيع فإنه لا يجوز أن يكون له الاختيار إلا في اليسير من الجلة والفرق بينهما أن ما يصير إلى المشتري فإنه يصير إليه بعقد الشراء وما يبقى بيد البائع فإنه لا يتناوله العقد فإذا كان البائع اختار معظم الجلة دخل الغرر ما يصير إلى المتنازع الجلهة بما يبقى بعد اختياراً كثر فأبطل ذلك البيع وإذا كان للمتنازع اختيار معظم الجلة دخل الغرر كما يبقى للبائع فلم يبطل ذلك لأنه لم يتناوله عقد (مسئلة) ومن ابتاع عشرة يختارها من غنم فوثها قبل اختياره ففي كتاب محمد له أن يختار عشرة من الأمهات دون الأولاد وهذا عندى على قول أشهب في أن الوطء يحدث في مدة الخيار للبائع وأما على قول ابن القاسم فيجب أن تكون الأولاد لمن صارت إليه الأمهات وإذا كان ذلك في الخيار فبأن يكون في الاختيار أولى وأخرى ص * وسئل مالك عن الرجل يشتري الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له إذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقي له من ديناره إذا كان أخذ بثلاثي دينار رطباً أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وإن كان أخذ ثلاثة أرباع ديناره رطباً أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ بمابقي له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له إن أحب أن يأخذ تمراً أو سلعة سوى التمر أخذها بما فضل له فإن أخذ تمراً أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وإنما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو التجار أو العمال لغبر ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف أجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن إلى الذي سلفه ما بقي من كراء الراحلة أو أجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك إن كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وإن كان أقل من ذلك أو أكثر فبحساب ذلك رد إليه ما بقي له

الراحلة أو أجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك إن كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وإن كان أقل من ذلك أو أكثر فبحساب ذلك رد إليه ما بقي له

* قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب (٢٥٥) فيأخذ منه عند دفعه الذهب إلى صاحبه

لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل اسلفك في راحلتك فلانة أركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فانه اذا صنع ذلك كان انما يسلفه ذهباً على انه ان وجدت لك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمي له فهي له بذلك الكراء وان حدث بها حدث من موت أو غيره رد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو واستكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمراً معلوماً وانما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقداً ثمنهما فان حدث بهما حدث من عهد السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وبهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبيداً بعينه أو تكاري راحلة بعينها إلى أجل يقبض العبد أو الراحلة إلى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لاهو قبض أو استأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامناً على صاحبه حتى يستوفيه * ش قوله انه لا يصلح أن يسلف في شيء بعينه إلا أن يقبض عند دفعه الذهب ما سلف فيه من العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ بأخذ ما سلم فيه من الرطب لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر ولا بأس ان يتأخر قبض العبد الايام التي لا غرر فيها وأما التمرة من الحائط المعين في المدونة لا بأس أن يضر بالقبض ذلك أجلاً والخمسة عشر يوماً قريب

تمر الحائط يرجع عليه بما بقي له من التمر الذي دفع اليه لانه انما اشترى منه تمر معيناً فلما عدم قبل أن يستوفي منه ما اشترى انتقض البيع في ذلك المقدار الذي بقي له فلم يكن له الرجوع بمحصة من الثمن ولا يجب تأخير له ليأخذ بدله من تمر ذلك الحائط في العام المقبل بل يجوز ذلك ولو اتفقا عليه لانه سلم في تمر حائط معين قبل بدو صلاحه وفسخ ما وجب له عن دين الغير في دين عمره وله أن يأخذ منه بما بقي له شيئاً معيناً تمر أو غيره مما يؤكل أو مما لا يؤكل أكثر من المكيلة التي فسخ فيها البيع أو أقل يتجزأ أخذه ولا يتأخر على حسب ما تقدم

(فصل) وقوله وانما ذلك بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلته أو يؤجره عبده الخياط ويقبض الأجرة ثم تموت الراحلة أو العبد قبل استيفاء العمل فانه يرد ما بقي عليه من الكراء ولا ينظر في هذا إلى قليل ما استوفي وكثيره لانه قد فات بالاستيفاء والقبض فسواء استوفي أكثره أو أقله فانما يرجع بما بقي له من العوض ص * قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب فيأخذ منه عند دفعه الذهب إلى صاحبه لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل اسلفك في راحلتك فلانة أركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فانه اذا صنع ذلك كان انما يسلفه ذهباً على أنه ان وجدت لك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمي له فهي له بذلك الكراء وان حدث بها حدث من موت أو غيره رد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو واستكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمراً معلوماً وانما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقداً ثمنهما فان حدث بهما حدث من عهد السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وبهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبيداً بعينه أو تكاري راحلة بعينها إلى أجل يقبض العبد أو الراحلة إلى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لاهو قبض أو استأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامناً على صاحبه حتى يستوفيه * ش قوله انه لا يصلح أن يسلف في شيء بعينه إلا أن يقبض عند دفعه الذهب ما سلف فيه من العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ بأخذ ما سلم فيه من الرطب لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر ولا بأس ان يتأخر قبض العبد الايام التي لا غرر فيها وأما التمرة من الحائط المعين في المدونة لا بأس أن يضر بالقبض ذلك أجلاً والخمسة عشر يوماً قريب

(فصل) وقدم تفسير ما كره من ذلك أن يسلف الرجل في الراحلة المعينة بحج عليها وبين الحج أجل من الزمان وقيل ذلك في المسكن أو العبد وكان انما يسلفه ذهباً على انه ان وجدت تلك الراحلة صحيحة عند الأجل فهي له بذلك الكراء والارد عليه ذهبه وكانت سلفاً عنده خص ههنا المنع بالنقد دون العقد وقد قال في المدونة لا بأس أن يعجل النقد في راحلة أكثرها بعينها ليركبها بعد اليومين والأمر القريب فان تباعد فلا خير فيه ولا بأس في قول مالك أن يكثرها ليركبها بعد شهر أو شهرين مالم

استأجر عبيداً بعينه أو تكاري راحلة بعينها إلى أجل يقبض العبد أو الراحلة إلى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لاهو قبض ما استكرى واستأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامناً على صاحبه حتى يستوفيه

ينقد وقال غيره لا يجوز فوجره واية ابن القاسم انه اذا لم ينقده الكراء فليس فيه ما يكون مرة كراء ومرة سلفا ووجه قول الغير ان الغرر متعلق باكثر من معين لا يقبض الا الى أجل بعيد وهذا المعنى باق في المسئلة وان عريت من النقد

(فصل) وقوله وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره كالذي يشتري العبد فينقده ثم يقبضه فان حدث به حدث في عهدة السنة أحرز منه فهذا لا بأس به يريد انه فرق بين ذلك فيما لا يكثر فيه الغرر بالقبض وذلك انه من استأجر دابة يركبها بعد مدة أو عبد استخدمه بعد مدة ونقده ثم فانه يدخله الغرر المفسد للعقد لعدم القبض فيه ولو قبضه مع تعاقد الكراء عليه زال هذا النوع من الغرر وان كنا نعلم اذا استأجر خدمة سنة أو أكثر انه تأخر قبض باقي الخدمة وقد يجوز مالك استجاره لعشرين سنة وقد تضمنه في أثناء ذلك ما يمنع استيفاء عمله من مرض أو موت أو ابق مما يوجب الرجوع على سيده بالاجرة التي أخذها عوضا من عمله الكراء القبض بعينه قام بعينه مقام القبض بجميع منفعة في نفى هذا النوع من الغرر عنه لان ذلك أكثر مما يمكن أن يتحرز به فيه وهذا كما يقول انه من ابتاع عبدا مغيئا لا يقبضه الى سنة ونقده ثم فانه لا يجوز ذلك ولو اشتراه فقبضه ونقده ثم جاز وان كنا نعلم ان ما أصابه في أثناء السنة من جنون أو حذام أو برص فانه يوجب للبتاع الرجوع بالثمن على بائعه * قلت ان المصحيح لهذا المعنى قبض المبيع فهذا معنى قول مالك وما أشار اليه والله أعلم وأحكم

* بيع الفا كهة *

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيئا من الفا كهة من رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شيء منها بعضه ببعض الا يدايد وما كان منها مما يبس فيصير فا كهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدايد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدايد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا يبس ولا يدخر وانما يؤكل رطبها كهية البطيخ والقثاء والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فا كهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فا كهة قال فاره خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدايد فاذ لم يدخل فيه شيء من الأجل فانه لا بأس به * ش قوله رحمه الله من ابتاع شيئا من الفواكه رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه لما فيه من حق توفيته وزن أو كيل أو عدد ونص على الفواكه في هذه المواضع ليلحقها بما تقدم من قوله في الطعام المقتات وهذا هو المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه

(فصل) قوله ولا يباع شيء منها بعضه ببعض الا يدايد يريد بجنسه أو بغير جنسه لان حكم التناجز لا يختص بالجنس وان اختص به التفاضل ولذلك جاز بيع الذهب بالورق متفاضلا وشرط فيه المناجزة

(فصل) وقوله وما كان منها مما يبس فيصير فا كهة يابسة يدخر ويؤكل فلا يباع بعضه ببعض مثلا بمثل اذا كان صنف واحد جعلهنا على تحريم التفاضل اليبس والادخار للدلالة على تقدم ذكره مع ماله في ذلك من القولين الآخرين ان العلة الاقييات وار العلة الادخار للاقييات وعلى حسب هذا تختلف اجوبته وأجوبة أصحابنا في فرع مسائل هذا النوع

(فصل) وقوله وان كان مما يبس ويدخر وانما يؤكل رطبها كالبطيخ والقثاء والخربز والاترج

* بيع الفا كهة *
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيئا من الفا كهة من رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شيء منها بعضه ببعض الا يدايد وما كان منها مما يبس فيصير فا كهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدايد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدايد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا يبس ولا يدخر وانما يؤكل رطبها كهية البطيخ والقثاء والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فا كهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فا كهة قال فاره خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدايد فاذ لم يدخل فيه شيء من الأجل فانه لا بأس به

والموز والرمان وما كان مثله وان ييس لم يكن فا كته بعد ذلك فليس هو مثل ما يدخر ويكون
فا كته يجوز فيه التفاضل يريد ان هذه الفا كته التي نص عليها ليست مما ييس ويدخر وما ييس
من ذلك لم يكن فا كته بعد الييس فهذا يجوز التفاضل في الجنس الواحد وقد قال في المزابنة أجاز
مالك فيها التفاضل وان كانت من صنف واحد قال البطيخ والخربز والقثاء وما أشبه ذلك والخروخ
والرمان والاجاص وعيون البقر والموز فهذا كله يجوز فيه التفاضل اذا كان رطباً كله وروى
يحيى عن ابن نافع الخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز مما يدخر وييس فلا يباع بعضه
ببعض متفاضلاً الا مثلاً بمثل ان كان رطباً كله

﴿ بيع الذهب بالورق عينا وتبرا ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية
من المغنم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة أربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله
صلى الله عليه وسلم أريتهما فردا ﴾ ش قوله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا
آنية من المغنم من ذهب أو فضة من باب الوكالة في المرافلة بالذهب والمبادلة ومن شرط صحتها أن
يتولى قبض العوض فيها من عقدها فان عقد هو الصرف ووكل من يقبض أو وكل من يصرف
ويقبض هو فابن المواز حكى عن مالك لا يجوز شيء من ذلك وهذا اذا فارق الذي عقد الصرف قبل
أن يقبض الآخر لان من عقد الصرف قد فارق من صار فيه قبل القبض وانما يراعى في فساد مفاارقة
العاقدة قبل القبض (مسئلة) فان عقد الصرف ودفع الدينار وأحل عليه من يقبض منه الدراهم
ثم فارق قبل القبض فلا خلاف في أن لا يجوز وان قضاء قبل مفاارقة المصارف له ففي كتاب ابن المواز
عن ابن القاسم لا خير في ذلك سواء أحال بجميع الدراهم أو ببعضها وروى زيد بن بشر عن ابن
وثناب لا بأس به وقال أشهب لا يفسخ ذلك الا أن يفارقه قبل قبض المحال بالدراهم سواء ثبت دين
المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده فقول ابن القاسم مبني على أن من شرط الصرف أن يقبض
العاقدة العوض وعند أشهب من شرطه أن لا يفارقه قبل القبض سواء قبض هو أو غيره بمنزلة
الاقالة في السلم والفرق عند ابن القاسم بين ذلك وبين الصرف ان الصرف أشد لان سرعة
القبض فيه معتبرة لنفسها لا لمعنى غيرها والاقالة في السلم لم يلزم القبض فيها قبل التفرق لان ذلك
مقتضى عقد الاقالة بدليل جواز تأخير القبض في الاقالة من الأعيان وانما يلزم ذلك فيها للتأويل الى
فسخ دين في دين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان دينار بين رجلين صرفاه من رجل بدراهم
ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم وانقلب هو قبل القبض ا ذلك جائز ان قبض الثاني قبل
أن يفارق الصراف حكاه ابن المواز عن ابن القاسم قال وكذلك الحلي ووجه ذلك انه لما كان
لكل واحد منهما حصته في الدينار كان كل واحد منهما قديراً بجميعه فجاز له قبض الثمن ولم يفسده
مفاارقة صاحبه الصراف ولو باع رجل ديناراً من رجلين فوكل أحدهما الآخر على قبضه جاز ذلك
قال محمد وذلك اذا اشتركا في الدراهم قبل الصرف وأما ان كان أحدهما دفع اليه عشرة دراهم ودفع
الآخر اليه مثلها ثم أراد أن يدفع اليها بذلك ديناراً لم يجز لان كل واحد منهما لا يصح منه القبض
(فصل) وقوله أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة ظاهر لفظ آنية يقتضى صحتها وبقاء
صياغتها ويؤكدها هذا الظاهر انهما باعاً كل ثلاثة بأربعة وذلك يقتضى جواز اتخاذ ذلك لان

﴿ بيع الذهب بالفضة

تبرا وعينا ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن يحيى بن سعيد انه قال

أمر رسول الله صلى الله

عليه وسلم السعدين أن

يبيعا آنية من المغنم من

ذهب أو فضة فباعا كل

ثلاثة بأربعة عينا وكل

أربعة بثلاثة عينا فقال لهما

رسول الله صلى الله عليه

وسلم أريتهما فردا

ملا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه بل لا يجوز اقراره ولا تملكه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببيعها ولم يأمر بالتلاف صياغتها اقتضى ذلك بيعها على هيئتها وذلك معنى اتخاذاها وقد قال مالك في كتاب الزكاة من المدونة في الرجل يشتري آنية ذهب أو فضة زنتها أقل من قيمتها يزكى وزنها فجعل للصياغة قيمة وذلك يقتضى إباحتها وقال في الصرف في المدونة كان مالك يكره هذه الأشياء التي تصاغ من الفضة والذهب كالأبارق والمداهن والمجامر والأنداح فيحتمل أن يريد بذلك كراهية بيعها بجنسها متفاضلاً أو كراهية استعمالها فيحتمل أن يريد كراهية اتخاذاها فأما استعمالها فلا خلاف في المذهب في تحريمه وهو قول جمهور الفقهاء وأما اتخاذاها فقد ذكر فيه عن مالك ما تقدم

(فصل) وقوله فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أرى يتما فردا يقتضى منع الزيادة في الذهب بالذهب والورق بالورق وذلك أن هذين لا يجوز بينهما التفاضل في الجنس ولا خلاف في ذلك إلا ما يروى عن ابن عباس والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قول الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا واز بالزيادة وما روى عن ابن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهدنا بيننا واليهما عهدنا اليكم وقد روى أن ابن عباس رجع عنه وسواء تبره ومسكوكه ومصوغه وجيده ورديته في وجوب التساوي وتحريم التفاضل (مسئلة) ولا اعتبار بالسكة ولا بالصياغة في شيء من ذلك فإن كانت المصوغة أدون ذهباً والتبر أفضل فلا بأس بذلك لأن الصياغة تتبع ملغى غير مؤثر كالجودة ولو ثبت له في ذمته ذهب مصوغ أو مسكوك فأراد أن يقبضه عنه تبراً أفضل ذهباً لم يجز ذلك لأن الصياغة قد ثبتت له في ذمته فصارت حقه ثم تركها عوضاً عن جودة الذهب التبر فدخل ذلك التفاضل لأنه صياغة وذهب بذهب وليس كذلك المرأطة فإن الصياغة لم تثبت في ذمته فلا تأثير لها

(فصل) وقوله أرى يتما فردا يريد والله أعلم وأحكم أفضلهما فيما يحرم فيه التفاضل وعلته أن باقي الذهب والفضة انهما أصول الأثمان وقيم المتلفات وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة عليهما الوزن والدليل على إبطال مذهبه في أن الحديد والكحل فيه الربا أن ما لا يثبت الربا في مصوغه لا يثبت في غير مصوغه كالتراب والدليل على إبطال ما ذهبوا إليه لو كانت علته الربا في الورق والذهب الوزن لما جاز أن يسلم في موزون لأن كل عشرين جمعتهما علة واحدة في الربا لم تعلم احداهما في الأخرى كالذهب والفضة ولما أجمعنا على أنه يجوز تسليم الذهب والفضة في الموزون علمنا أنه لم يجمعهما علة الربا

(فصل) وقوله فردا أمرهما برد البيع ولم يستلهما عن فواته والذهب المبيع على ضربين مصوغ وغير مصوغ فأما غير المصوغ فإنه لا يفوت البيع فيه بوجه ولا بد من رد فاسده لأنه مما له مثل وقد قدمنا أن ماله مثل لا يفوت بفوات عينه لوجود مثله وأما المصوغ فاختلف أصحابنا فيه فحكى ابن المواز أنه إن باعه جزافاً أنه تفوته حوالة الأسواق وإن كان سيفاً على قبضته أكثر لم تفوته حوالة الأسواق وبقيته البيع والتلف أو قل قبضته فيرد قيمته قال محمد بن علي بن القياس والذي حكى محمد في مسئلة السيف هو مذهب ابن القاسم في المدونة وهي رواية تخالف ما ذكره في الحلي ووجه ما ذكره في مسئلة الحلي أن هذا غير مكمل ولا موزون ففات بحوالة الأسواق كصبرة القمح ووجه رواية ابن القاسم أن العين لا قيمة له فلما كانت عينه موجودة وجبرده لأن الأشياء تقوم به ولا يقوم هو بغيره فلا تتغير قيمته بتغير الأسواق وأما نقصه فقد غير عين المبيع لما أدخل نقصاً فزمت القيمة وقد قال سحنون في مسئلة السيف لا تفوت بالبيع ويحتمل تخصيص ذلك بالعين خاصة فإن قلنا إن

ذلك حكم كل بيع فاسد فوجهه أن البيع الثاني فرع "لأول فاذا لم يصح الأول بوجه من وجوه الصحة لم يصح الثاني فوجب نقضهما وإن قلنا أن ذلك يختص بالعين فإنه لا تختلف قيمته بوجه فلم يفت مع بقاء عينه ولا يظهر أن المصوغ تعتبر قيمته لأنه لو أتلفه إنسان لوجب عليه قيمته ص * مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لأفضل بينهما * ثم قوله صلى الله عليه وسلم الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لأفضل بينهما ما يدل بإيجاب التساوي وتحریم التفاضل في كل شيء من ذلك بمنزلة وبدل الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم على وجهين أحدهما وزنا والثاني عددا فأما الوزن فلا يجوز فيه إلا التساوي ولا يجوز فيه زيادة على وجه معروف ولا بمساحة ولا يجوز أن يكون مع أحدهما زيادة من جنسه ولا من غير جنسه لأن العوض الآخر يقسط على الذهب والزينة التي معها فيؤدي إلى التفاضل في الذهب واختلاف قول مالك في الرجل يأتي دار السكة فيدفع اليهم فضة وزنا ويأخذ منهم وزنا دراهم ويعطيهم أجرة العمل مثل فقال مرة أر حو أن يكون خفيفا وذكره ابن المواز ورواه عيسى عن ابن القاسم ومنع من ذات عيسى بن دينار وحكاها ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه رواية الجواز على الكراهية ما احتج به من ضرورة الناس إلى الدراهم وتعدد الصرف في ذلك الموضع مع حاجة الناس إلى الاستعجال وانحياز المسافر للمروءة مع أصحابه وخوفه على نفسه في الانفراد ويخاف أن غاب عنه ذهبه أن لا يعطاه ويمطل به والضرورة العامة تبطل المحظور * أما اليوم فقد صار الضرب بكل بلد واتسع الأمر فلا يجوز له وجوه رواية المنع أنه لا يخلو أن يكون بيعا أو بارة * قال يباع فيه التفاضل في الذهب وإن كان اجارة فهو واجارة وسلف وذلك غير * ثم في الوجهين * وأما الصائغ فلا يجوز ذلك معه قولا واحدا قاله ابن حبيب في واختمه (مسئلة) * وأما المبادلة بالعد فإنه يجوز ذلك وإن كان بعضها أوزن من بعض في الدينار والدينارين عن سبيل المعروف والتفضل وليس ذلك من التفاضل لأنهما لم يبيعا على الوزن ولهذا النوع من المال تقديران الوزن والعدد فإن كان الوزن أخص به وأولى فيه إلا أن العدد معروف فاذا عمل فيه على العدد جوز سبيل الوزن زيادة على سبيل المعروف ما لم يكن في ذلك وجه من المكايسة والمناينة فمنع منه * وهذا عندنا مني على مسئلة العربية وذلك أن العربية لما كان للشرة تقدير أحدهما الكيل والآخر الخرص والتعري جزا العدل عن أولهما إلى الثاني للضرورة على وجه المعروف فكذلك الدنانير والدراهم (مسئلة) وهذا إذا كانت الدنانير كلها سواء فإن كانت متفاضلة في الجودة فلا يخلو أن تكون الوازنة أدنى ذهباً وأفضل فإن كانت أدنى ذهباً لم يجز لأنه أخذ فضل صاحبه في زيادة وزن ذهبه وإن كانت الوازنة أفضل ذهباً فإن مالكا كرهه وجوز ابن القاسم وجه قول مالك أن المبادلة إنما جازت فيها على وجه المعروف فاذا اختلفت أعيانها وجب أن لا يجوز كالعريّة لما كان طريقها البديل على وجه المعروف لم يجز أن يشترط فيها غير مثل الثمرة لأفضل ولا أدون * وجه قول ابن القاسم البعد عن التهمة ليكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة ولا يحتمل ذلك غير مجرد التفاضل (فرق) فإن قلنا بقول مالك فإنه يجوز أن يأخذ عند الجداد من غير جنس العربية لأنهما لم يعقدا البيع على ذلك وفي مسئلتنا عقد البيع عليه فوزانه أن يعقد بيع العربية على غير الجنس فلا يجوز وفي العتية فبين أضع مع رجل ديناراً فلا بأس أن يبدله بأجود منه عينا ووزنا قال ويعلم صاحبه ومعنى ذلك أنه لم ينعقد فيه

* وحدثني عن مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لأفضل بينهما

* وحدثني عن مالك عن
نافع عن أبي سعيد الخدري
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لا تتبعوا
الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل ولا تشفوا بعضها على
بعض ولا تتبعوا الورق
بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا
بعضها على بعض ولا تتبعوا
منها شيئا غائبا بناخر* وحدثني
عن مالك عن حميد بن
قيس المكي عن مجاهد
انه قال كنت مع عبد الله
ابن عمر فجاه صائغ فقال
له يا أبا عبد الرحمن اني
أصوغ الذهب ثم أبيع
الشيء من ذلك بأكثر من
وزنه فأستفضل من ذلك
قدر عمل يدي فنهاه عبد
الله عن ذلك فجعل الصائغ
يردد عليه المسألة وعبد
الله ينهاه حتى انتهى الى
باب المسجد أو الى دابة
يريد أن يركبها ثم قال عبد
الله بن عمر الدينار بالدينار
والدرهم بالدرهم لافضل
بينهما هذا عهدنا لينا
وعهدنا اليكم

عن مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد انه قال كنت مع عبد الله بن عمر فجاءه صائغ فقال له يا أبا عبد الرحمن اني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبد الله عن ذلك فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابة يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما هذا عهدنا بيننا والينا وعهدنا اليكم

الله بن عمر الدينار بالدينار
والدرهم بالدرهم لافضل
بينهما هذا عهد نبينا الينا
وعهدنا اليكم

وزنه يجب على أصل المذهب أن لا يجوز من ذلك إلا اليسير لان الزيادة في قضاء السلف معقود عن يسيرها دون كثيرها وان قضاء أقل عددا أو أكثر وزناً أو أكثر عددا أو أقل وزناً لم يجز ذلك لانه قد وجد الاختلاف بين الذهبين على وجه يقتضي المغالبة وذلك ينفي الجواز (مسئلة) فان كان السلف وزناً فضاء مثل وزنه فهو جائز في مثل ذلك العدد وأقل منه أو أكثر لان اعتبار الوزن يبطل اعتبار العدد في كل التعامل بالوزن فلا اعتبار بالعدد في قليل ولا كثير وان قضاء أقل من وزنه في مثل عدده أو أقل منه أو أكثر فهو جائز لما ذكرناه من انه لا اعتبار بالعدد في هذا الوجه وان قضاء أكثر من وزنه فان كانت الزيادة يسيرة فقد جوز ابن القاسم الرجحان اليسير وكرهه في الكثير كالعشر بن دينار في المائة وجوز مشهور في مثل الدينار والدينارين والاردين من الطعام والاردين وان كان ذلك على غير موعود ولا عادة ووجه تجوز اليسير انه لا يقصد السلف مثله فتبعد التهمة به وأما الكثير فانه يقصد بالسلف فيمتنع للذريعة وان كانت الزيادة في غير مجلس القضاء حتى ينفصل منه ولا تكون تبعاله فلا بأس بذلك لانها منفصلة من السلف في قضاؤه فكان له حكم الهبة المبتدأة

(فصل) فان كان القضاء على غير سلف مثل أن يكون من بيع فلا يخلو أن يكون مائت منه في ذمته من ذلك مقدار بالعدد أو الوزن فان ثبت مقدراً بالعدد فلا يجوز أن يقضيه وزناً لان العدد معنى قد ثبت به في الذمة ثمن فلا بد من مراعاته كالوزن وان ثبت في ذمته مقدار بالوزن والعدد جاز أن يعطيه مثل ذلك الوزن على غير ذلك العدد لانه متى اجتمع الوزن والعدد بطل حكم العدد (مسئلة) وان كان مائت في ذمته من ذلك مقدار بالوزن جاز أن يعطيه أكثر مما ثبت في ذمته من الوزن بخلاف القرض اذا كان مثل صفة مائت له أو أفضل وجاز أن يعطيه أقل وزناً وأدون ولا يجوز أن يعطيه أفضل وزناً وأدون صفة ولا أفضل صفة وأنقص وزناً لما ذكرناه مما يدخله من التفاضل بصورة التشاح والتغابن (مسئلة) فان أراد أن يقضيه عدداً فان كان العدد أفضل عيونا ووزناً كالقائمة من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزناً كالفرادى من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزناً لم يجز لما قدمناه ص * مالك انه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين * ش قوله لا تتبعوا الدينار بالدينارين يحتمل المنع من التفاضل في العدد لما جرت به العادة من التعامل بها عدداً ومنع قطعها فكان ذلك منعا من التفاضل فيها على ذلك الوجه لان زيادة دينار آخر قلما يوجد من التفاضل بين الذهبين على هذا الوجه فنص على أقل الزيادة لينبه بذلك على المنع من أكثرها ويحتمل أن يريد به المنع لمن رآه باع ديناراً بدينارين فخص فعله ذلك بالمنع كما روى أبو سامة عن أبي سعيد انه قال كنا نبيع تمر الجمع صاعين بصاع فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صاعي تمر بصاع ولا صاع حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم ص * مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الامثال بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأساً فقال أبو الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا بأساً كنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا يبيع ذلك الامثال بمثل وزنا بوزن * ش ما ذهب

وحدثني عن مالك انه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين * وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الامثال بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأساً فقال أبو الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا بأساً كنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا يبيع ذلك الامثال بمثل وزنا بوزن

اليه معاوية من بيع سقاية الذهب بأكثر من وزنها يحتمل أن يرى في ذلك ماراً ابن عباس من تجويز التفاضل في الذهب نقدًا ويحتمل أن يكون لا يرى ذلك ولكنه جوز التفاضل بين المصوغ منه وغيره لمعنى الصياغة وقول أبي الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا أنكر عليه فعله من تجويزه التفاضل في الذهب واحتاج إلى الاحتجاج بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن مثل ذلك لأن معاوية من أهل الفقه والاجتهاد فليس لأبي الدرداء صرفه عن رأيه الذي روى إلا بدليل وحجة بينة وقد روى ابن أبي مليكة قيل لابن عباس هل لك في أمير المؤمنين معاوية ما أوتر الأبواحدة قال أصاب اندفقيه

(فصل) وقول معاوية ما أرى بعثل هذا بأسا يحتمل أن يرى القياس مقدما على أخبار الآحاد على ما روى عن مالك وذلك لما يجوز على الراوى من السهو والغلط والصواب بتقديم خبر الواحد العدل لأن السهو والغلط يجوز فيه على الناظر المجتهد أكثر مما يجوز على الناقل الحافظ النقيض وقد بينت ذلك في أحكام الفصول ويحتمل أن يرى تقديم أخبار الآحاد إلا أنه حمل النهى على المضروب بالمضروب دون المصوغ بالمضروب ورأى أن الصياغة معنى زائد يجوز أن يكون عوضا للفضل على حسب ما يقول أبو حنيفة فبمن باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينار أن ذلك جائز ويجعل القرطاس عوضا للمائة الأخرى

(فصل) وقول أبي الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ويخبرني عن رأيه انكار منه على معاوية التعلق برأي يخالف النص ولم يحمل ذلك من معاوية على
التأويل وانما حمله منه على رد الحديث بارأي اما لانه لم يرد بقوله عن مثل هذا الا المصوغ بالمضروب
وفيه نقل النهي فبمقتع التأويل والتخصيص واما لانه حمل قول معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا على
تجويز التفاضل بين الذهبين في الجملة دون تفصيل وأما التأويل فلا خلاف في جوازه وفيما قاله
أبو الدرداء تصریح بأن أخبار الآحاد مقدمة على القياس والرأي وقوله لا أسأ كنك بأرض أنت فيها
مبالغة في الانكار على معاوية واظهار لهجره والبعد عنه حين لم يأخذ بما نقل اليه من نهى النبي صلى
الله عليه وسلم ويظهر الرجوع عما خالفه

(فصل) وقوله ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب قد كبر ذلك له على معنى رفع ما ينكر إلى الإمام إذا لم يستطع على تغيير المنكر عنده فكتب عمر بن الخطاب إلى معاوية أن لا يبيع ذلك الا وزنا بوزن على حسب ما يجب على الإمام من أمر حكاه بالحكم بالحق والتبصير لهم بصواب الأحكام وقوله الا وزنا بوزن يقتضي المنع من الجزاف في ذلك لان ما حرم فيه التفاضل يحرم فيه الجزاف لانه لا يعلم معه التساوى والجهل فالتساوى كالعلم بالتفاضل في التحريم والمنع من صحة العقد ولا يجوز التحرى في هذا لما جرت العادة من قلة التسامح بيسيره ولم ينكر عمر رضي الله عنه على معاوية ما راجع به أبو الدرداء لما احتمل من التأويل على ما قدمناه والله أعلم وأحكم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا تتبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تشفوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الرباء * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا تتبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا يبعوا الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا

وحدثني عن مالك عن نافع
عن عبد الله بن عمر أن عمر
ابن الخطاب قال لا تتبعوا
الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل ولا تشفوا بعضها على
بعض ولا تتبعوا الورق
بالورق الا مثلا بمثل ولا
تشفوا بعضها على بعض
ولا تتبعوا الورق بالذهب
أحد ما غائب والآخر ناجز
وان استنظرك الى أن
يلج بيته فلا تنظره اني
أخاف عليكم الرماء والرماء
هو الربا * وحدثني عن
مالك عن عبد الله بن دينار
عن عبد الله بن عمر أن عمر
ابن الخطاب قال لا تتبعوا
الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل ولا تشفوا بعضها على
بعض ولا تتبعوا الورق
بالورق الا مثلا بمثل ولا
تشفوا بعضها على بعض
ولا تتبعوا

شيأ منها غائباً بناجز وان استنظر ك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا * ش قوله ولا تتبعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر بناجز منع من تأخر أحد العوضين في الصرف عن حال النقد وذلك يمنع الاجل في الصرف والعقد على تأخير قبضه لان الناجز هو ما تجز القبض فيه حال العقد والغائب يصح أن يراد به ما غاب عن المشاهدة حال العقد مثل أن يكون في كم الصير في أوفى تابوته ويحتمل أن يراد به ما غاب عن الحضور وقت العقد وهذا هو الأظهر فيه لمقابله بالناجز ولو أراد المساعدة لقال ولا تتبعوا منها غائباً بمشاهدة وقد كره مالك أن يعقد مع الصير في على دينار بدراهم في دفع اليه الدينار فيخلطه بنهبه أو في تابوته ثم يخرج الدراهم ويترك الدينار حتى يخرج الدراهم ويحضر العينان فهو أبلغ في المناجزة صورة ومعنى لان أخذ الدينار وتغييره ثم اخراج الدراهم بعد ذلك ليس على صورة المناجزة بل هي من أفعال التأخير وصفة التباعد فيما لا يراعى فيه التقابض والتناجز (مسئلة) فان تعاقدا الصرف ولم يكن عند أحد منهما ما عقد عليه ثم استسلف أحدهما دينارا والاخر دراهم ولم يفترقا حتى تقابضا لم يجز ذلك لان كل واحد منهما قد عقد الصرف على غائب لم يكن حاضر الصفة في عقد عليه ولا كان على يقين من امكان ما يقبضه فقد دخل في العقد على غير ما يقتضيه ويصححه من التناجز والتقابض حال العقد (مسئلة) وان أخرج أحدهما الدينار واستسلف الاخر الدراهم فتناقدا قال أشهب لا يجوز ذلك وقال ابن القاسم ان كان شيأ غريباً كحل الصرة ولا يقوم لذلك ولا يفترقان فلا بأس به وجه قول أشهب ان عقد الصرف قد تناول غائباً والنساذ في أحد العوضين كالفساد فيهما في ابطال العقد ووجه قول ابن القاسم ان الذي حضر عوضه ولم يحتج أن يستسلف يصح العقد من جهته لانه صار في بناجز وعقد الصرف على أن صاحبه بمنابته فهو يقول لصاحبه انك أردت الاستسلاف لافساد ما انعقد بيننا من الصرف على الصحة فلا أصدفك كما لو أسلفه دنائير ثم ادعى انه قصد الانتفاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حلول ما في الذمة يقوم مقام حضور ما على مشغولة به والقبض يتجز في باب ابرائمه فان كان لرجل على رجل دراهم لم يجز أن يدفع اليه فيها ذهباً قبل الاجل لان ذلك من باب التناجز في الصرف لان تأجيلها يقوم مقام تأخير القبض فيها الى أجلها ولا بأس اذا حل أجلها ما والأصل في ذلك ما روى عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبيع بالدنانير وأخذ الدراهم فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم يفرق بينك وبينكاشي ومن جهة المعنى ان حلول ما في الذمة بمنزلة حضوره والبراء منه يقوم مقام القبض فيه وذلك يقتضى الجواز ولو كان لرجل على رجل دنائير ولاخر عليه دراهم حلة جاز أن يتطارحها صرفاً لما ذكرنا (مسئلة) والغاصب اذا غصب دنائير ثم لقي صاحبها وقال ان ذهبك في داري فصارفه عنها بدراهم روى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك لان ما غصب من الذهب متعلق بذمته ويصح قبضه له بالبراءة وهذا القول مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين في الغصب وقد ذكر القاضي أبو الحسن ان هذه رواية عن مالك (مسئلة) وأما الوديعة فهل يجوز ذلك فيها قال ابن القاسم لا يجوز وروى في كتاب ابن المواز أشهب عن مالك انه جائز وجه رواية الاولى في ذلك أن حق المودع متعلق بعين ماله لانه لم يتعلق بذمة غيره فلا يجوز أن يصارف به الا عند حضوره ووجه القول الثاني انه لما كان للمودع التصرف فيها بالاستسلاف ومالكاً لذلك لكونها في يده صح أن يعتقد عند الصرف انه قد استسلفها فتعلق بذمته ثم يصارف فيها ويجب على هذا أن لا يجوز في الحلي قولاً واحداً (مسئلة) وأما الرهن فقال ابن القاسم لا يجوز ذلك فيه وقال مالك من رواية محمد عنه

شيأ منها غائباً بناجز وان
استنظر ك الى أن يلج بيته
فلا تنظره انى أخاف
عليكم الرماء والرماء هو الربا

ذلك جائز وجه الرواية الأولى ما قدمناه من تعلق حق الرهن بعين ماله ووجه الرواية الثانية تنطلق
 الرهن بفهم المرتهن ويحجب على هذا التعليل جواز في العارية والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله وان استظرك الى أن يبلغ يستفلا تنظره يريد المتع من التفرق قبل التناجز
 بالتقايض وان قرب فان تأخر قبض أحد العوضين عن وقت الصرف بطل العقد في هذا اذا كان
 مقتضى العقدان العقد مبني على الفساد وان عرا عن ذلك العقد فاختار ذلك بعد تمام العقد طرأ
 على العقد الفساد لعدم ما هو شرط في صحته وتاممها بأن طلب أحدهما صاحبه بالتناجز وامتنع منه
 الآخر حتى احتاجا الى التفرق والتعاكم (مسئلة) والتأخر اليسير من أحد عوضي الصرف
 يقوم مقام تأخر جميعه في ابطال العقد وهذا مبني على ان العقد مبني بطل بعضه لحق الله تعالى بطل
 جميعه وذلك بأن تجمع الصفقة حلالا وحراما فانه يبطل جميعها هذا المشهور من منذهب مالك ورأيت
 لزياد بن عبد الرحمن الأندلسي رواية عن مالك فممن سلم مائة دينار في مائة اردب خبطة فقضى فيها
 حسين وأخذ حسين انه يصح منها ما قضى ثمنه ويبطل ما أخذ ثمنه وهذا يقتضي انه انما يبطل من
 الصفقة ما يخص به الفساد ويصح منها ما عرا عن الفساد وبه قال الشافعي
 (فصل) وقوله اني أخاف عليكم الرما والرمال والباقي كلام العرب الزيادة يقال
 أريت على كذا بمعنى زدت عليه فعني ذلك اني أخاف عليكم الزيادة في أحد العوضين من جنس
 واحد في العين والزيادة هي الربا الذي نهى الله تعالى عنه في قوله تعالى وحرم الربا ونهى عن رسوله
 صلى الله عليه وسلم من ماله انه يلقه عن القاسم بن محمد انه قال قال عمر بن الخطاب الدينار
 بالدينار والدرهم بالدرهم والماع بالماع ولا يباع كالي بناجر ش قوله الدينار بالدينار والدرهم
 بالدرهم يريد متساويين وقوله الماع بالماع يريد من جنس واحد ولا يباع كالي بناجر يريد متوخر
 بمجل ويحتمل أن يريد من الجنس الواحد والجنسين اذا جعلا معا له واحدة في الربا وهذا الذي عليه
 جمهور الفقهاء وبه قال الشافعي وجوز ذلك أبو حنيفة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى
 من ماله عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب يقول لاربا الا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو
 يوزن عاين كل أو يشرب م ش قوله لاربا الا في ذهب أو فضة يقتضي ان علة الربا فيها ما عندهما
 قدمناه من انها اصول الأمان وفيه المتلفات وقوله أو ما يكال أو يوزن عاين كل أو يشرب يقتضي
 أن علة الربا عنده في المعلوم انه مطعوم مكيل أو موزون فعلى هذا ثبت الربا عنده في الخضرا الموزونة
 والنوا كاله الرطبة المكيلة فقد تقدم الكلام في ذلك من ماله عن يحيى بن سعيد انه سمع
 سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الارض م ش قوله ان قطع الذهب
 والورق من الفساد في الارض يريد قطع الدنانير الصالح والدرهم الصالح من الفساد في الارض
 وذلك على ضربين أحدهما أن يقطعها لبيعها مقطعة فانه من الفساد لانه يتسبب الى ادخال
 الغش في الذهب والورق لانه اذا قطعت صفارا أدخل بينها الغشوش وتسامح الناس بالتفاق
 اليسير منه في الجلة وخفى على كثير من الناس تمييزه من غيره والضرب الثاني فرضها في البلد الذي
 يجري فيه عددا لمنفقها عددا فبقى عنده ما قد فرض منها حجة من كل متقال فيستعمل ذلك فهذا
 لا يجوز لانه من الغش ووجه ذلك ان الذي يأخذ منه انما يأخذ على أنه وازن ولا فرق بين أن يغش
 بنقمة أو يغش بادنال الداخل في جودته وقد قال الشيخ أبو اسحق يودب كاسر الدنانير والدرهم
 قال الله تعالى قالوا يا شعيب املاتك تأمرنا أن نترك ما يعبد آباؤنا أو أن نفعل في أموالنا ما نشاء

• وحديثي عن مالك انه
 يلقه عن القاسم بن محمد
 انه قال قال عمر بن الخطاب
 الدينار بالدينار والدرهم
 بالدرهم والماع بالماع
 ولا يباع كالي بناجر
 • وحديثي عن مالك
 عن أبي الزناد انه سمع سعيد
 ابن المسيب يقول لاربا
 الا في ذهب أو فضة أو ما
 يكال أو يوزن عاين كل
 أو يشرب • وحديثي
 عن مالك عن يحيى بن
 سعيد انه سمع سعيد بن
 المسيب يقول قطع الذهب
 والورق من الفساد في
 الارض

قال كانوا يكسرون الدنانير والدراهم وقال سعيد بن المسيب هو من الفساد في الارض ولذلك قطع عبد الله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز يد من فعل ذلك وذلك غير لازم لانه خيانة وغش فلم يجب فيه قطع كسائر ما يغش فيه من الأعواض (مسئلة) وهذا في الدنانير الصالح والدراهم الصالح فأما ما قدم قطعه فهل يمنع من قطعه أم لا كرهه مالك وقال ابن القاسم كل ما يقع عليه اسم درهم فلا بأس بقطعه وقال أصبغ كل ما ليس بمدور فلا بأس أن يقطع منه وجه قول مالك أن القرض الكثير أقرب إلى الميز وأبعد من الغش من القرض الصغير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فبالناس حاجة إلى التبايع بكسور الدنانير والدراهم فمن ابتاع بكسر دينار أو درهم في موضع الصالح فلا يخلو أن يكون دينار يستثنى منه جزء من الذهب أو جزء من الورق فان كان المستثنى جزءا من الذهب فقد قال ابن المواز فحين اشترى بعشرين قيراطا من ذهب أو بمثل غير ربع مثقال انه يقضى عليه بالدراهم وتحرير ذلك عندي ان ما جرت العادة أن ينقص من الدينار الصحيح غالباً ويوجد على ذلك الوزن كثيراً كالقيراط والقيراطين فانه يقضى عليه بالدينار وما لم تجر العادة ينقصه من الدينار الصحيح الا نادراً واذا انقص منه خرج إلى حد المجموعة لم ينقص عليه فيه الا بالدراهم لانه ان قضي عليه بالدينار الصحيح كلف من هو عليه ما يتعذر وجوده أو كلف من هو له أن يأخذ مقطوعاً وفي ذلك ترك بعض حقولهم وقعت المبيعة بدينار الاسدسا إلى أجل جاز ذلك وقضى عليه عند انقضاء الأجل بالدراهم (فرع) ولو تبرع من هو عليه بأداء دينار لبقى له سدس من دينار ورضي بذلك القابض جاز ذلك لانه تبرع بسلف سدس دينار وقدرى ابن القاسم عن مالك انه توقف في ذلك بعد أن قال لا يعجبني (مسئلة) ولو كان الجزء المستثنى ورقاً فلا يخلو أن يكون حالاً أو إلى أجل فان كان حالاً جاز ذلك في أقل من دينار وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى وان كان إلى أجل لم يخل أن يكون جزءاً يسيراً أو كثيراً فان كثيراً لم يجز جلة وان كان يسيراً لم يخل من أن يختلف الدينار والدراهم في التعجيل والتأجيل أو يتفقا في ذلك فان اختلفا مثل أن يتعجل الدينار والسلعة ويتأجل الدرهم أو تتعجل السلعة والدرهم ويتأجل الدينار أو تتعجل السلعة مع أحدهما ويتعجل الآخر مفرداً فهذه الأوجه المشهور من المذهب منعها وقدرى ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك اجازة تعجيل الدينار وتأخير السلعة والدرهم وروى ابن القاسم عن مالك انه رجع عنه ومعنى رواية ابن عبد الحكم ان الصرف اليسير الذي هو تبع للبيع له حكم البيع في التعجيل والتأجيل كما أن البيع اليسير الذي هو تبع للصرف له حكم الصرف وهذا خلاف ما رواه ابن القاسم في المدونة ان الفضة اليسيرة مع السلعة بالذهب لا يكون صرفاً لقلتها لا يصلح التأخير فيها في قول مالك ووجه ذلك تغليب الحظر على الاباحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان اتفقا في التقديم أو التأخير فلا يخلو أن يتعجل الدينار والدرهم وتتأجل السلعة أو تتعجل السلعة ويتأجل الدينار والدرهم فان تعجل الدينار والدرهم وتأجلت السلعة فقد روى ابن القاسم عن مالك لا يجوز وروى أشهب وابن عبد الحكم عن مالك هو جائز ووجه رواية أشهب ان التناقض وجب بالدينار والدرهم فلم تمتنع مخالفة الثوب لهما من الجواز كما لو تعجل الثوب وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد (مسئلة) وان تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا في اجازته والفرق بين هذه المسئلة وبين التي قبلها على مذهب ابن القاسم انه اذا تعجل الدينار والدرهم وتأخرت السلعة فقد وجد الصرف بينهما وكل فوجب أن يتعجل ما معهما من

ثوب أو غيره فاذا لم يتعجل بطل ذلك كله لتأخر القبض في بعض أعواض الصرف وأما إذا
 تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم فان ذمة بائع الثوب ليست بمشغولة بدهم ولا غيره وذمة
 مشتري الثوب مشغولة بدينار غير قدر الدرهم فليس بينهما مصرف وإنما هو بيع ثوب بدينار غير
 هذا المقدار من الدينار فتأخر العوضين فيه لا يمنع صحة العقد وهذا المعنى لم يجز أن يقدر النقص
 بدهم كثيرة يختلف بها قدر ما ينقص الدينار عند الأجل لاختلاف الأسواق اختلافا كثيرا وإنما
 يجوز ذلك في الدرهم والدرهمين لقلة ما يؤثر اختلاف الأسواق بهذا المقدار في الدينار (فرع)
 وكما قدر السير الذي يجوز من ذلك قال في المدونة يجوز في الدرهم والدرهمين ومنعة في الثلاثة وقال
 لاخبريه وقد أجاز مالك في المختصر الكبير في الثلاثة الدراهم وقال الشيخ أبو بكر يجوز ذلك
 فيما بينه وبين ثلث دينار لانه في ذلك يكون تبعا وأصل هذه المسئلة انه اذا استثنى جزأ من الذهب فقد
 يستثنى بلفظ الذهب وان كان يسيرا قضى عن المبتاع بالذهب وان كان المستثنى كثيرا مثل أن يشتري
 سلعة بدينار الاسدسا أو الاخسا لم يقض عليه الا بالدراهم لما تقدم (فرع) ولو باع رجل ثوبا
 بنصف دينار الى أجل ثم باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار الى ذلك الأجل على أن يدفع اليه دينارا عند
 الأجل فقد قال مالك في الموازية لا يعجبني ذلك ولو لم يشترط ذلك فأراد المبتاع أن يدفع اليه صرف
 نصفين عند الأجل لم يكن له ذلك ويجبر على أن يدفع اليه دينارا قال ابن القاسم على ما أحب أو كره
 وهذا عندى فيه نظر لانه اذا كان يجبر عند الأجل على دفع الدينار ان اختار ذلك البائع فلا يضر
 اشتراط ما هو من مقتضى تعاملهما ويجبر عليه من أباه منهما والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان اشترط
 ذلك بلفظ الورق فقد اشترط البائع على المبتاع الذهب ويرد هو عليه المستثنى ولا يلزم على هذا أن
 يعتبر بسعر الدرهم حين العقد لانه لا يتمتع أن يكون الاعتبار بالمستثنى بالمبلغ ويراعى تأثيره في المال
 المستثنى منه كالمكيل يستثنى من الصبرة أو ثمرة الحائط وهذا يدل على رواية أشهب وماتحا اليه ابن
 القاسم في روايته عن مالك وأما على رواية ابن المواز في قوله ان الاعتبار بمقدار الدراهم حين العقد
 دون وقت الاقتضاء وإنما جاز ذلك في القليل دون الكثير لان صحيح الدينار هو ما ينقص منه القيراط
 والاثنان والثلاثة وما ينقص منه أربعة قيراط وخسة فهو من جملة المجموعة وكذلك من باع بمثل
 غير سدس قضى له بالدراهم ومن باع بمثل غير قيراط قضى له بالدينار فانما يجوز من الاستثناء
 بالدراهم ما لم تتغير نسبة الدينار لانه اذا باع بمثل الادرها والادريهين فقد باع بدينار صحيح لانه
 بمنزلة أن يبيع بدينار غير قيراطين وهو من جملة الصحيح فلم يكن للاستثناء تأثير في تغير صفة الدينار
 واذا باع بدينار الاخسة دراهم فقد باع بدينار صحيح ولو استثنى بلفظ الدراهم لأخذ مجموعا لانه بمنزلة
 أن يبيع بدينار غير ربع دينار وذلك ينفى أن يكون صحيحا ويجعله من جملة المجموع فكان
 للاستثناء بالدراهم تأثير في تغير صفة الدينار فدخل بذلك في حكم الصرف الذي لا يجوز فيه التأخير
 (فرع) فاذا قلنا بالمشهور من المنهبة انه لا يجوز الا في الدرهم والدرهمين فلو باع رجل مائة ثوب كل
 ثوب بمائة دينار الادريهين فهل يجوز أن يكتب عليه مائة دينار الا مائة درهم في العتية من رواية أشهب
 أن ذلك جائز ولا يصلح أن يحمل عليه دينار يكتب عليه الى أجل وفي كتاب ابن المواز لا يجوز
 ذلك الا أن يقوم الدينار قبل أن يفترقا وجه الرواية الاولى أن هذه الرواية مبنية على أن المراعى في
 الصرف يوم القضاء دون وقت العقد وذلك غير معلوم قبل أو انه ووجه الرواية الثانية ما احتج به ابن
 المواز من أنه اذا كان الاجل فدفع اليه مائة دينار وأخذ مائة درهم فهو صرف مستأخر عن العقد

وهذا القول مبني على مراعاة مقدار الدرهم من الدينار يوم العقد وقد روى ابن المواز في هذه المسئلة وجهين آخرين أحدهما يجوز نقدا ولا يجوز إلى أجل والثاني لا يجوز نقدا ولا إلى أجل فأما منعه بالأجل فانهما ان قوما الدراهم بالذهب حين العقد دخله من الفساد ما تقدم بما احتج به لرواية أشهب وان أخر ذلك دخله من الفساد ما احتج به ابن المواز ووجه منع ذلك في النقد أيضا ما يدخله من البيع والصرف في الكثير من كل واحد منهما لأن الدراهم اذا كثرت كثرت درهما من الدينار واختلف ذلك إلى الأجل فاختلف أسواقها مؤثر في قدر الناقص من الدينار جهالة (فرع) ولو باعه ثوبا بخمسة دنانير الادرهما دفع اليه أربعة دنانير وأخره حتى يدفع اليه ديناراً ويأخذ منه درهماً ودفع اليه ديناراً وأخذ منه درهماً واحداً بأربعة دنانير حتى يقبضه اياها لم يجز ولو باعه سلعة بخمسة دنانير الاربع ديناراً أو سدس دينار فنقده أربعة دنانير حتى يأتيه بالربع دينار ويدفع اليه الدينار أو دفع اليه الدينار وقبض منه ربع دينار وبقيت أربعة دنانير فقد قال ابن القاسم عن مالك انه يجوز (فرق) والفرق بين المسئلتين أنه اذا باعه بخمسة دنانير الادرهما فان نقص الدينار الخامس انما يتقدر بغير جنسه وبه يتحقق دون جنس الدينار لأنه لو رام تقديره بجنس الدينار لم يصح ذلك الا بعد تقويم ويدخله النقص والزيادة والتجاوز فلزم بذلك دفع الدراهم وقبض الدينار فأشبه العوض ووجب أن يراعى فيه ما يراعى في الصرف اذا ثبت للعقد حكم الصرف ووجه آخر وهو أنه لا يصح أن يكون له حقيقة الاستثناء من الجنس لأنه لا يجوز عند بعض أصحابنا الاستثناء من غير الجنس واذا قلنا بجوازه على مشهور قول الجمهور من أصحابنا فانه لا ينعص به عند المستثنى منه فانما يرجع إلى أن له حكماً وأما اذا باعه الثوب بخمسة دنانير غير ربع دينار فانما يتقدر النقص من الدينار الخامس بجنسه فلا يلزم بائع الثوب دفع ربع الدينار ولا يحتاج في تحقيق النقص به إلى تقويم فلم يكن الربع الذي ينقص من الدينار حكم العوض ولاله تعلق به وانما له حكم المستثنى بمنزلة ما لو قال بعتك هذا الثوب بخمسة دنانير الادرهما دفع اليه ثلاثة دنانير وأخذ ديناراً فلا خلاف في جواز ذلك والله أعلم ص * قال مالك ولا بأس أن يشتري الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافاً اذا كان تبرا أو حلياً قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً حتى يعلم ويعد فان اشتري ذلك جزافاً فانما يراد به الغرر حين يترك عدده ويشتري جزافاً وليس هذا من بيع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلي فلا بأس أن يباع ذلك جزافاً وانما يبيع ذلك جزافاً كهيئة الخنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التي تباع جزافاً ومثلها يكال فليس بابياع ذلك جزافاً بأس

* قال مالك ولا بأس أن يشتري الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافاً اذا كان تبرا أو حلياً قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً حتى يعلم ويعد فان اشتري ذلك جزافاً فانما يراد به الغرر حين يترك عدده ويشتري جزافاً وليس هذا من بيع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلي فلا بأس أن يباع ذلك جزافاً وانما يبيع ذلك جزافاً كهيئة الخنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التي تباع جزافاً ومثلها يكال فليس بابياع ذلك جزافاً بأس

الجملة فيرغب الناس في خفافها لهذا المعنى فإذا بيعت جزا فادخله الفرر من وجهين أحدهما من جهة المبلغ في الوزن والثاني من جهة المبلغ في العدد فلم يجوز ذلك لكثرة الفرر وأما الجزاف في سائر المكيالات والموزونات فاعلم ما يدخل الفرر فيه من وجه واحد وهو المبلغ في الكيل أو الوزن فلما قل الفرر فيها جاز وهذا الذي قلناه يقتضي جوازها جزافا بحيث لا يجوز عددا ولا يجوز ألا بالوزن خاصة والمسئلة عندى مبنية على قول مالك أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد وقد اختلف في هذا الأصل قول ابن القاسم وأشهب فقال ابن القاسم في السلم الثاني فيمن شرط في الاقالة عين دراهمه وهي موحودة حاضرة أنه لا يستحق اعيانها والسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقال في كراء الرواحل ومن اشترى راحلة بدراهم باعيانها ولم يكن العرف النقود ولا اشترطه لا يجوز ذلك إلا أن يشترط انها لا تلفت أعطاه غيرها وهذا يقتضي تعيينها وقال أشهب ذلك جائز وعليه أن يأتي بغيرها وهذا ينفي التعيين وقال الشافعي تتعين بالعقد والدليل على انها لا تتعين بالعقد قوله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء الثمن ما ثبت في الذمة والفراء امام في اللغة فاذا ثبت أن الثمن في كلام العرب ما ثبت في الذمة كان هذا الاسم منطلقا على هذا الجنس من المال ويختص به اقتضى ذلك أن لا تتعين لأنه متعلق بالذمة ودليلنا من جهة القياس انه ثمن وجب أن يثبت في الذمة أصله اذا أطلق العقد (فرع) اذا ثبت ذلك فإن قلنا ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد فإنه لا يجوز بيعها جزافا لان العقد عليها انما يتناول ما في الذمة والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد وانما يثبت منه المقدر بكيل أو وزن أو عدد ألا ترى ان ما يجوز فيه الجزاف من القمح والشعير والكمحل والحرير لا يصلح أن يثبت في الذمة منه الجزاف وانما يثبت منه في الذمة المقدر بالكيل والوزن وان قلنا ان الدنانير والدراهم تتعين بالعقد فإنه يجوز بيعها جزافا كسائر الموزون والمكيل الذي يتعين بالعقد ولذلك يجوز أن يباع بتره ومصوغه جزافا لما كان يتعين بالعقد فلا خلاف في ذلك (فصل) وقوله قال اشترى ذلك جزافا فاعلم ان ما يرد به الفرر يحفل أن يرد به ارماسير اليه من الجزاف انما استحق فيجب عليه مثله ولا يعلم كم وزنه فيكون المبيع مجهولا لا يتقدر بكيل ولا وزن ولا عدد وهو من أعظم الفرر والخطر

(فصل) وقوله فاما ما يوزن من التبر والحلي فلا بأس ببيعه جزافا كالحنطة والتمر وغير ذلك مما يكال تعلق الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد بظاهر هذا في منعها ذلك في الدنانير والدراهم لكونهما معدودين وتجوز بهما ذلك في التبر والحلي لان العدد لا يتأتى منهما وانما يعتبران بالوزن وعلى هذا يجب أن يجوز الجزاف في المقطوع من الدنانير والدراهم لتي لا يجوز فيها العدد ويجوز ذلك في صحاحها بحيث لا يتقدر بالعدد والقول الاول أظهر والله أعلم ص **قال مالك من اشترى مصصفا أو سيفاً أو خاتماً أو في شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فإن ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فإنه ينظر الى قيمته فإن كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فإن كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا**

(فصل) وهذا كما قال ان من اشترى مصصفاً أو سيفاً أو خاتماً أو في شيء من ذلك ذهب أو فضة بجنس ما هو حلي به فإنه يجوز ذلك بثلاثة شروط أحدها أن يكون ذلك النوع من الحلي مباحاً في شرع استعماله واتخاذ كالسيف والمصحف وخاتم الرجل يكون فيه حلية الفضة

* قال مالك من اشترى مصصفاً أو سيفاً أو خاتماً أو في شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فإن ما اشترى من ذلك وفيه ذهب بدنانير فإنه ينظر الى قيمته فإن كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فإن كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا

وحلى النساء يكون فيه الذهب والفضة فهذا لا خلاف فيه انه مباح اتخاذه والأصل في ذلك ما روى حميد عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان خاتمه من فضة وكان فصه منه وأما المصحف والسيف والخاتم للرجال محلى شيء منه بالذهب فان ظاهر هذا اللفظ يقتضي اباحة ذلك في المصحف والسيف وقد أشار الى ذلك في الخاتم ويحتمل أن يريد به خاتم النساء وعلى ذلك اختصره الشيخ أبو محمد وفي العتبية من رواية سماع ابن القاسم عن مالك انه كره أن يجعل في خاتمه مسمار ذهب أو يخطب بقبضته منه حبة أو حبتين لئلا يصد أو هذا أخف من اتخاذه من محض الذهب وقال ابن حبيب لا يجوز شيء من الذهب في حلى الرجال فعلى القول الأول يجوز في حلى السيف والمصحف ويجوز ذلك في حلى النساء وخواتمهم ولا يجوز في خواتم الرجال والدليل على بيعه في خواتم الرجال ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن التخم بالذهب ومن جهة المعنى ان السيف والمصحف مما يختص بالرجال فلذلك جاز أن يحلى بالذهب لانه ليس في التحلى به مشاركة للنساء ولا مساواة لهن في باب التحلى به وأما الخاتم فانه مما يتحلى به النساء كما يتحلى به الرجال فنع الرجال من الذهب وأبيح للنساء لان باب التحلى مبني على نفي المساواة وأما المصحف فليس من باب التحلى بل بابه ممنوع وهو اتخاذه بالذهب والفضة فيما يستعمل مما ليس يحلى للجسد وذلك كله ممنوع للرجال والنساء كأواني الذهب والفضة والمكاحل والمجامير والمداهن منه مما يخص المصحف لتعظيم أمره كما في مفاتيح الكعبة والكسوة دون سائر البيوت على سبيل التعظيم وذلك لا يقال فيه انه من حلى الرجال ولا من حلى النساء وانما هو من حلى المصحف فاستوى في ذلك الرجال والنساء والله أعلم وسند كركم ذلك باوغب من هذا في باب الجامع ان شاء الله تعالى وقد أضاف الى ذلك ابن حبيب المناطق والاسلحة كلها اذا كانت مفضضة فهي كالسيف في ذلك

(فصل) والشرط الثاني أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعاً لقيمة المحلى وبما تكون الموازنة من الحلى بقيمة أو وزن ما فيه الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلى وقيمة المحلى وقد رأيت نصاً لبعض شيوخ القرويين ولفظ الموطأ ثابت قال كان قيمة ذلك الثلث وقيمة ما فيه من الذهب الثلثين فهذا يقتضي اعتبار قيمة الحلى دون وزنه فان لم يكن تجوز في عبارة فهذا خلاف ما قدمناه والصواب في ذلك الاعتبار بالوزن لان كل حكم يعتبر في تحليل بيع الذهب وتحريمه فانهما يعتبر فيه بوزنه دون قيمته كالتساوي والتفاضل (مسألة) وكما المقدار الذي اذا بلغه كان تبعاً واذا تجاوزه لم يكن تبعاً لم يختلف أصحابنا في النص على هذه المسئلة في ان الثلث وما دونه في حكم التبع وان ما زاد على ذلك فليس بتبع وفي العتبية من سماع أشهب عن مالك فممن أعطى درهما وأخذ نصفه درهم صغيراً قد كنا نكرهه ونحن نجيزه الآن فعلى هذه الرواية يجب أن يكون التسع النصف فاقل وبالزيادة على النصف يخرج عن حد التبع لان المجوز في الموضوعين انما هو معنى الضرورة ومن أصحابنا العراقيين من يذهب الى أن النصف في حيز القليل وتعلق في ذلك بقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه وان النصف بدل من القليل

(فصل) وأما الشرط الثالث فان يكون الحلى مرتبطاً بالحلى ارتباطاً في ازالته مضرة فلا يقدر على ازالته من المبيع وتمييزه الا بمضرة لاحقة فاما ما كان في نقصه كسر لمصياغته كالفصوص المصوغ عليها الحلى والمصاحف التي فيها مسامر الفضة وحلية السيف التي تسمر في حائله وجعبته فهذا مما يبيع ما ذكرناه وأما ان كان من القلائد التي لا يفسد غير نظمها بتميز قلائدها فالظاهر من المذهب انه لا تأثير

لها في الإباحة وبه قال ابن حبيب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه في كتاب الزكاة (مسئلة) إذا كملت هذه الشروط الثلاثة جاز أن يباع المحلى فيه بجنس ما فيه من المحلى فإن كان محلى بفضة جاز بيعه بالفضة وإن كان محلى بذهب جاز بيعه به وإن انتزح شرط من ذلك لم يجز

(فصل) وقوله بدأ يديقتضى التنازع ومنع دخول التأخير في ذلك بجنسه إلى أجل فالمشهور من المذهب منعه رواه ابن القاسم عن مالك خلافا لريعة في تجويزه والدليل على ما نقوله أن للأجل من التأثير في الفساد ما ليس للتفاضل بدليل أنه يجوز التفاضل بين الجنسين ولا يجوز بينهما النساء فلذلك أثر في جواز البيع ولم يؤثر في الأجل (مسئلة) وأما أن كان في المحلى ذهب وفضة هما تبع لما هما فيه من المحلى فقد روى ابن حبيب له يبيعه بكل واحد منهما وروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن المواز محلى بذهب وفضة فليبيع بأقلهما ما أن كان الثلث فدون بدأ يديوان كان نقار يبيع بالعرض ثم رجع مالك فقال لا يباع بذهب ولا ورق وبه أخذ ابن القاسم وأخذ ابن عبد الحكم بالقول الأول وقد أشار في هذه المسئلة بقوله محلى بذهب أو فضة سيف أو غيره من حلى النساء مما يجتمع فيه الأمر أن فيه قولين أحدهما يباع بالتبع ووجهه أن يبيعه بنصفه مع تحريم التفاضل يجوز فبأن يجوز بغير صنفه مع تجويز التفاضل أولى أن يجوز والقول الثاني لا يجوز لأنه يجتمع فيه أمران من المكروه أحدهما بيع العين بجنسه متفاضلا والثاني اجتماع البيع والصرف في عقد واحد (فرع) فإذا قلنا بالجواز فقد قال ابن حبيب أن كان تبعا جاز بيعه بذهب أو بوزق فجوز بيعه بكل واحد منهما إذا كان كل واحد منهما تبعا للمحلى والمفهوم من رواية ابن القاسم عن مالك أنه يراعى بعد كونها تبعا للمحلى أن يكون أحدهما تبعا للآخر فتكون العين تبعا للبيع والقليل منها تبعا للكثير فإذا بيع بأقلهما صار إلى حكم الصرف مع التبعية على وجه البيع قال ابن حبيب وإن كان أحدهما تبعا والآخر أكثر من المبيع يبيع بالتبع ولا يباع بالآخر وإن تجاوز التبعية لم يبيع إلا بغيره (مسئلة) وأما بيعه بغير صنفه فقد قال ابن حبيب ذلك جائز ونص عليه غيره من أصحابنا وقد نص مالك على أنه لا يجوز بيع وصرف في عقد واحد قال ابن حبيب وقد استغف ذلك بعض أصحاب مالك فوجه المنع أنهما عقدان مقتضى أحدهما غيره مقتضى الآخر فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد كالبيع وذلك أن مقتضى الصرف أن عدم التنازع في المجلس يفسده والبيع لا يفسد بذلك كما أن القراض لا يجوز أن ينعقد لازما والبيع يجوز أن ينعقد لازما فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد ووجه رواية الإباحة أنهما عقدان لازمان لا يتنافيان لأن التنازع من لازم الصرف فإنه لا يبطل البيع فجاز أن ينعقد على الوجه الذي يصحان عليه (فرع) فإذا قلنا برواية المنع وهي الأشهر فإن ذلك على ضربين أحدهما أن يكون التبعية ملصقا بالمبيع لا يمكن إزالته إلا بضرر فائه يجوز بيعه بغير جنسه من العين وإن لم يكن تبعا للبيع وعندى أنه يجوز أن يكون المحلى غير مباح الاتخاذ ووجه ذلك أن هذه المعاني يبيع بها العلم بجنسه والتفاضل يحرم فيها فبأن يبيع بغير جنسه مع إباحة التفاضل أولى (مسئلة) فإذا قلنا بمنع الصرف والبيع في عقدان ذلك يمنع إذا كان كل واحد منهما مقصودا في نفسه فإن وقع فقد قال عيسى يرد ما لم تفت السلعة فإن فاتت لزمت المبتاع قيمتها وترادا العين فإن كان أحدهما غير مقصود بقيمته فلا بأس لأن الضرورة تدعو إليه في بعض الدنانير مثل أن يبيعه سلعة بدنانير غير ربع بحيث لا يوجد إلا الصالح فيعطيه بالربع دينار درايم وذلك أنه لما اتفق حكمهما من وجه وهو أنه يجوز تعجيلهما واختلف من وجه وهو أنه لا يجوز تأجيلهما ويجوز تأجيل أحدهما

لم ينعقد عليهم ما عقد الا بشرطين أحدهما أن يشملهما التعجيل والثاني أن يكون تبعا للآخر
وقد بينته في شرح المدونة وما يلحق به من بيع الطعام بالطعام مع أحدهما عرض (مسئلة) ولم
المقدار الذي يجوز من الصرف مع البيع قال في المدونة يجوز الصرف مع البيع في اليسير العشرة
دراهم ونحوها ولا يجوز ذلك في الكثير فيجوز في هذا مسئلتان أحدهما أنه يجوز في الدينار
الواحد وان لم يكن أحد الأمرين تبعا للآخر لأنه قال في المدونة في الذي يبيع الدينار بعشرين
درهما يأخذ عشرة دراهم ويأخذ العشرة دراهم ان ذلك جائز ان تعجل وروى ابن المواز عن
ابن القاسم انما يجوز ذلك في أقل الدينار والربع والثلث المسئلة الثانية أن يكون الصرف يشتمل
على دينار فانه لا يجوز أن يكون معه من التبع الا اليسير أو يكون البيع بثمن كثير فلا يجوز أن
يكون معه من الصرف الا اليسير وقد قال ابن حبيب ان ذلك جائز اذا كان أقل من الدينار وذلك
اذا كان الحكم للتبع فيكون منه للصرف أقل من دينار فان بلغ الدينار لم يجز وهذا مبني على أن
ذلك مباح لضرورة صحة الدينار والحاجة الى أن يزداد في الثمن مقدار الدينار يجب على هذا قصر
هذا الحكم على بلد لا يجري فيه الا الصحيح وقد قال بعض فقهاء الصقليين ان الربا الذي يبتاع
به عندهم يجري مجرى الدينار الصحيح وأما ان كان الحكم للصرف والسلعة تباع فكم اليسير
منها حكى عن أبي موسى بن مناس ان ذلك أن يكون ثمنها أقل من دينار دون تحديد

﴿ ما جاء في الصرف ﴾

﴿ ما جاء في الصرف ﴾
* حدثني يحيى عن
عن ابن شهاب عن مالك
ابن أوس بن الحدثان
النصري أنه التمس صرفا
بمائة دينار قال فدعاني
طلحة بن عبيد الله فتراوينا
حتى اصطف مني وأخذ
الذهب يقلبها في يده ثم قال
حتى يأتيني خازني من
الغابة وعمر بن الخطاب
يسمع فقال عمر والله
لاتفارق حتى تأخذ منه ثم
قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الذهب
بالورق ربا الا هاء وهاء
والبر بالبر ربا الا هاء وهاء
والتمر بالتمر ربا الا هاء
والشعير بالشعير ربا الا
هاء وهاء

ص * مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري أنه التمس صرفا بمائة دينار
قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوينا حتى اصطف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى
يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر والله لاتفارق حتى تأخذ منه ثم قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر
ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء * ش قوله انه التمس صرفا بمائة دينار دليل على
تجوز عوض الدينار ومراوضة متبايعهما في صرفهما واحد بعد واحد طلبا للزيادة أو معرفة ما
يستقر عليه العطاء وقوله فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوينا يقتضي جواز المصارفة لمن لم يتخذ
ذلك متجرا وأما من اتخذ ذلك متجرا أو صناعة فقد ذكره جماعة من السلف قال مالك في العتية
أكره للرجل أن يعمل بالصرف الا أن يتق الله تعالى يريدانهما تساويا فيه حتى عقدا الصرف
فأخذ طلحة بن عبيد الله الذهب يقلبها ليعلم جودتها ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة يريد أن
يؤخر ذلك الى أن يأتيه خازنه من الغابة ويحتمل أن يريد به تأخير الدراهم خاصة ويقبض هو
الدينار ويحتمل أن يريد به اقرار الدينار بيد مالكها حتى يأتي خازنه من الغابة فيتقابض ايدا
بيد فقال عمر بن الخطاب حين سمع ذلك والله لاتفارق حتى تأخذ منه يريد لاتفارقه وبينكما عقد
حتى ينتجز ما بينكما من التقابض ثم احتج لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء
وهاء وجل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الايجاب والقبول لا يتأخر عنهما بل يقترن
بهما لان عقد كل واحد منهما يقتضي الاشارة الى ما يبيده من العوض بقوله هاء ولذلك فهم منه عمر
وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض فأما التفرق قبل القبض فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه في أنه
يفسد العقد والدليل على ذلك ما احتج به عمر وما جوزه طلحة بن عبيد الله فتركه التأويل والمراجعة

لعمري رضي الله عنهما دليل على رجوعه عنه (مسئلة) فان استأذن الصراف بعد العقد في أن يذهب بها الى صراف قريب منه يريها ويزنها عنده أو عقد مع الصراف على ذلك ففي العتية من رواية أشهب عن مالك أن ذلك جائز فيما قرب ومعنى ذلك أن يكونا قريبهما في حكم المتجاشرين وأما ان تباعد ذلك حتى يرى انه افتراق من المتصارفين فلا يجوز ذلك وهو يفسد العقد (مسئلة) فان استوجب رجل سوارى ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما فان رضيهما أهلها رجع بهما فاستوجبهما منه والارد هما روى ابن المواز عن مالك أن ذلك جائز وقال غير ذلك من قول مالك أحب الي أن تأخذها من غير إيجاب وجه القول الأول اثبات الخيار في الصرف وهو قول شاذ وجوز التأخير فيه بعد عقده على النقد وهو أيضا بعيد ويحتمل أن يريد به المواعدة في الصرف وتقرير الثمن دون عقد ولذلك قال انه ان رضيها أهلها رجع فاستوجبهما منه فذكر أن الإيجاب لم يوجد بعد وإنما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن ومعرفة ما يتبع الصرف ان رضيها أهلها لما كلف الطلب ومعرفة الثمن فلم يجعل اليه عقده الله أعلم وجه القول الثاني أن الصرف ينافي الخيار وهو المشهور عن مالك لانه مبني على المناجزة والنقد في المجلس والخيار لا يكون الا فيما يدخله التأخير لانه انما يكون في مدة تتأخر عن حال العقد (مسئلة) ولو بيع حلي في تركة فابتاع أحد الورثة بعضه بقدر حصته فأراد أن يكتب عليه حتى يتقاصبه مما له في الميراث فان ذلك غير جائز الا أن ينجز القسمة في المجلس باثر الاتباع لان شراءه ليس بقسمة متجزئة لانه لو ذهب سائر الميراث لرجع عليه فيما بيده فلما لم يتنجز القبض فيه دخله التأخير في الصرف فأبطله ولو قال مبتاع الحلي أسكت ثمن حصتي منه وارفع الباقي ففي العتية وكتاب محمد عن مالك جواز ذلك وقال باثرها في كتاب محمد خالف ابن القاسم مالك في هذه المسئلة وجه قول مالك ان المفاضلة وقعت في هذا الحلي المبيع بامساك قدر حصته منه ودفع الباقي فقد وجد التجاوز بينهما فصح العقد ولا يؤثر وزنه لخصته من الثمن اذا جازله استرجاعها باثر دفعه لها (مسئلة) فان كان افتراقهما قبل العقد بغلبة من أحدهما مثل أن يقبض الصراف الدنانير ويمنع من دفع الدراهم الظاهر من المنهوب أن ذلك يفسد العقد وفي العتية في قوم اشتروا قلادة ذهب ولؤلؤا بدراهم نقدا وقالوا وزن الدراهم وأمر به بذلك وفصلوا القلادة وتقاوموا اللؤلؤ أو باعوا الذهب فيها وضعوا أرادوا نقض البيع لتأخر النقد فقال مالك لا تنقض لتأخر النقد لانهم اشتروا على النقد زاد محمد عن مالك ولم يررض البائع بتأخيرهم وضعهم وانما عورجل مغلوب وهذا التعليل يقتضي ان تأخير أحد المتعاقدين النقد بغير اختيار الثاني على وجه الغلبة لا يفسد العقد وجه القول الأول ان من شرط صحة هذا العقد النقد فاذا عدمت شروط صحته وجب أن يفسد ويحتمل على هذا القول أن يكون مالك ألزمه ثمن القلادة لانهم أخذوها على وجه الشراء ثم تعدوا على اتلافها ليؤدوا اليه القيمة فلزمهم الثمن كمن اشترى ثوبا على الخيار وادعى تلفه فانهم انه يريد رد البيع فانه يلزمه الثمن دون القيمة

(فصل) وقوله الوري بالذهب ربا إلا هاء وهاء قال ابن ثابت في غريبه إلا هاء وهاء بالمد وذلك يقتضي النقد مع العقد وظاهره يقتضي أ هاء وهاء تنوب عن العقد والنقد لقرب أحدهما من الآخر فعلى هذا لا يجوز أن يتأخر النقد عن العقد ومن صفته أن يكونا معاملا الدرهمين أو يكون النقد متصلا بهما العقد وفي حكم المتصل لقربه منه مع كونهما في مجلس واحد وما هو في حكمه من القرب على ما قدمناه وأما ان فصل بينهما طول مجلس والخروج من أمر الى أمر غيره ومن الصرف الى

* قال مالك اذا اصطفى الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده انتقض صرف الدينار ورد اليه ورقه وأخذ اليه ديناره وتفسير ما ذكره من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وقال عمر بن الخطاب وان استنظره الى أن يبلغ بيته فلا تنظره وهو اذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المتأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف وانما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بل أجل فانه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة وان كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه

الاعراض عنه والاشتغال بغيره فان ذلك غير جائز خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان ذلك جائز والدليل على ما نقوله الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الورق بالذهب ربا الا هاء وهاء ودليلنا من جهة المعنى ان هذا صرف تأخر القبض فيه عن العقد فوجب أن لا يصح كالموقوف من مجلسهما (مسئلة) اذا ثبت أن حكم النقد اتصاله بالعقد فان من حكمه حضور العوضين حال العقد والنقد فأما العقد فقد تقدم الكلام فيه وأما حضورهما حين العقد فلازم أيضا ولو أن المتصارفين عقدا صرف بمحضرة العوضين ثم قبض أحدهما الدنانير فأنفذها الى بيته ثم قبض الدراهم بعد ذلك لم يجز وقد قال مالك من ابتاع خلخال فضة بدنانير فاستحققت وقد أنفذها الى بيته فأراد المستحق أن يجيز البيع وأراد هو أن ينقذه من عنده الثمن ويتبع البائع انه لا يجوز ذلك ولو حضر الخلخال جاز ذلك وقد قال أشهب ان هذا استحسان والقياس انه مفسوخ لان المستحقها في ذلك الخيار فجوز في هذه المسئلة امضاء المستحق البيع مع حضور الخلخال من التجوز والنقد ومنع ذلك مع غيرهما لانهم مما يتعين بالنقد وجوز ذلك في الغاصب يشتري الدنانير ممن غصبها منه وهي غائبة عنه لما لم تكن معينة بالغصب وهذا فيه نظر ان حل على ظاهره لان هذا الصرف موقوف على الفسخ لا على الاجازة وذلك لا يمنع امضاءه كوجود الردي في أحد العوضين فان ذلك لا يوجب فسخ العقدان رضي به الذي وجد الردي والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان في حكم الحاضر وذلك بأن يأخذ الصراف الدينار فيدخله في كفه أو تابوته ثم يقضي عوضه ويبيعه من غيره في المجلس ثم يقضي عوضه قبل مغيبه وقبل التفريق فانه مكروه لمضارعتة بمعيب ما حضوره شرط في صحة العقد ص * قال مالك اذا اصطفى الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده انتقض صرف الدينار ورد اليه ورقه وأخذ اليه ديناره وتفسير ما ذكره من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وقال عمر بن الخطاب وان استنظره الى أن يبلغ بيته فلا تنظره وهو اذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المتأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف وانما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بل أجل فانه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة وان كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه * ش وهذا كما قال ان الصرف مبني على المناجزة والمفاصلة في الفور فاذا صار فافلا يجوز أن يفترقا الا عن تناجز واذا قال أحدهما لصاحبه ان وجدت عيبار ددته اليك ففي سماع أشهب من العتبية عن مالك لا يجوز ذلك ويرد هذا الصرف وان وجدها خيارا كلها ووجه ذلك انه لم يأخذ الدراهم على وجه الحيازة لها وانما أخذها مؤتمنا عليها بها وكذلك لا يجوز أن يأخذها منه على التصديق في جودتها ووزنها ولا يفارقه الا على نهاية ما يمكن من الانتجاز فان قبضها وتفرقا على روية في كتاب محمدان العقد ينتقض وان أصابها كما قال وحكي أشهب عن مالك انه جائز وجه الرواية الأولى ما قدمناه من ترك العمل الصرف كما لو ائتمنه دافع الدنانير على انتقادها ووزنها ووجه قول أشهب انه لم يبق بينهما من العمل الا ما لا يمكن قطعه بالوزن والانتقاد وهو ان القول قول الدافع وانما يفسد العقد ويمنع الانتجاز أن يكون القول قول القابض لان هذا حكم ما لم يتجز فيه القبض (مسئلة) فان أخذها بعد الوزن والانتقاد فوجدتها تنقص فان النقص على ضربين نقص في الوزن ونقص في الصفة فأما النقص في الوزن فلا يخلو أن يجده قبل التفريق أو بعده فان علم به قبل التفريق فان له أن يرضى به أو يأخذ به ماشاء رواه ابن القاسم عن

مالك وذلك ان التناجز وجد قبل التفريق ولو اراد أن يؤخره بقدر ذلك النقص لم يجز فان تفرقا قبل أن يستوفي ذلك النقص فالذي قاله أصبغ ينتقض الصرف كله ولو نقصت منه حبة وبه قال محمد وحكى ابن القاسم انه جائز لا ينتقض منه الا بمقدار ذلك النقص الى تمام دينار وجه قول أصبغ ان العقد اذا دخل بعضه الفساد بتأخر القبض تعدى الى ما قبض كما لو عقد على ذلك الصرف ووجه ما قاله ابن القاسم ان تأخر القبض بعد التزام العقد لا يتعدى الى جميع العقد كالعيب يحده ببعض الدراهم (مسئلة) فاما ان وجد النقص بعد التفريق وذلك لسرقه الصير في فاراد أن يطالب به فلا خلاف على المذهب أن النقص يلحق العقد وان اراد ترك النقص وصحیح العقد فروى ابن وهب وابن عبد الحكم ان ذلك جائز وروى ابن المواز عن مالك ان ذلك لا يجوز وان قل وروى عنه أنه لا يجوز في الكثير واختاره أصبغ وجه رواية الجواز انه نقص وجد في عوض الصرف فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة كنقص الصفة وجه المنع على الاطلاق ان تأخر العوض في الصرف يمنع الصحة في العقد كما لو علم بالنقص فاخره ولا نقاد أجعنا على انه لو طلب النقص لفسد العقد ولم يمنع من ذلك عدم علمه بالنقص وكذلك اذا تركه وجه الفرق بين القليل والكثير ان القليل غير مقصود ومعلوم في الأغلب ان مثل هذا لا يطلب ولا تتبعه النفس فكانه لما لم يبق له الا ما جرت العادة بتركه والتسامح به قبض جميعه لان ما نقصه لو علم به لتركه فكذلك اذا تركه الآن وهو محمول على ذلك وأما الكثير فانه مما جرت العادة بطلبه فانما يكون تاركه الآن وقد وجد الفساد في العقد بالتفريق قبل قبضه أو تركه (فرع) فاذا قلنا بالتفريق بين اليسير والكثير فكم اليسير روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتية ان الدائق في صرف الدينار يسير وقال أصبغ هو أن ينقص ألف درهم درهما وأما صرف الدينار فانه نقص منه من قليل أو كثير فهو كثير ينتقض الصرف ما لم يكن من اختلاف الموازين التي لم تجر العادة باتباعه ولا طلبه واذا قلنا انه ينتقض فقال أصبغ ينتقض كله وقال ابن القاسم ينتقض منه ما بين النقص وكال الدينار

(فصل) وأما النقص من جهة الصفة كالعيب يجده في أحد عوضي الصرف فانه لا خلاف على المذهب نعلمه ان من وجد ذلك ورضي به فان عقده لا يفسد به فان اراد رده فهل له ذلك أم لا المشهور من المذهب أن البديل فيه غير جائز والصرف فيه منتقض وقال ابن وهب من أصحابنا ان البديل فيه جائز حكاه عنه ابن حبيب وغيره وبه قال ابن شهاب والليث بن سعد وجه ما ذهب اليه مالك يحتمل أن يكون مبنيا على ان الصرف ينتقض من أصله بالبديل وهو وقت العقد فيه فيبطل في العيب لتأخر دفع العوض فيه من حين العقد الى وقت الرد بالعيب ويحتمل قول ابن وهب أن يكون مبنيا على ان الرد بالعيب نقض للعقد حين الرد بالعيب دون ما تقدمه فلا يكون في ذلك تأخير للبديل عن وقت عرا عن قبض والله أعلم وأحكم (مسئلة) والهبة الا لا حققة بالصرف لا خلاف على المذهب انه يجوز البديل فيها وقد روى عن مالك فمين باع ثوبا بدينار الا درهمين فتناقدا ثم وجد بالدرهم عيبا روى عنه ابن القاسم ببطله وليس هذا مثل الصرف يريد ان هذا لما كان الغالب منه البيع والصرف تبع له كان حكمه في جواز البديل حكم البيع لاحكام الصرف وروى عنه ابن وهب ينتقض الجميع (فرع) فاذا قلنا بمنع البديل فلا يخلو أن يكون الذهب من جنس واحد أو مختلف الجنس فان كان من جنس واحد فان بيعه يكون على ضربين أحدهما أن يقول أبيعك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم يذكر حصة كل دينار منها والثاني أن يذكر حصة الصرف خاصة

فيقول أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم فان كان ذكرك صرف كل دينار منها فلا خلاف انه لا
 ينقض الا بقدر دينار واحد وان كان انما ذكرك جملة الصرف فالمشهور من المذهب انه لا ينتقض منه
 الا دينار واحد ورواه عيسى عن ابن القاسم وفي العتبية في نقرة يتباعها جزا بمائة دينار فيجدها
 مسبار نحاس أو يبيعها كل عشرة دراهم بدينار ان ذلك سواء وينتقض منها بقدر المسبار الى تمام
 دينار وقال القاضي أبو محمد ينتقض جميع الصرف وجه القول الأول أن الدنانير المتساوية تقتضي
 التقابل وتمنع التقسيط فلا يرتبط بعضها ببعض في نقض العقد لعيب الصفة أصل ذلك اذا ذكرك كل
 دينار بصرفه ووجه قول القاضي أبي محمد ما احتج به من أنه اذا سمي لكل واحد من الدنانير حصة
 فانه قد أفرد به بالعقد واسمى الجملة فقد شملها العقد فاذا بطل بعضه بطل جميعه وان كانت الدنانير
 قرضا فقد قال ابن القاسم يرد منها أصغر قرض فيها ويضيف الى الدرهم الزائف من الدراهم ما يقابل
 تلك القرصة وهذا مبني على قول مالك ان قرض القراضة المضروبة مكروه وأما على تجوز أصبغ
 لذلك فيجب أن يقرض منها بقدر الدرهم الزائف وهذا على قولنا ان الدنانير تتعين بالنقد وعلى قولنا
 لا تتعين يرد له من عنده قرصة ذهب بقدر الدرهم الزائف (فرع) وان كانت الدنانير مختلفة الأجناس
 والقيم في العتبية من رواية أبي زرعة عن ابن القاسم فيمن اشترى حلياً مصوغاً سورة وخلخل وغير
 ذلك بدراهم فوجد بها درهما زائفاً انه ينتقض الصرف كله ووجهه ان اختلاف قيم الحلي بالصياغة
 يقتضي التقسيط واذا دخل ذلك التقسيط سري من الدراهم جزء الى كل جزء من الحلي فاذا انتقض
 الصرف في الدرهم انتقض في جميع الحلي ولو وجد في جميع الحلي مسبار نحاس فقد روى أبو زيد
 عن ابن القاسم ان ذلك ان كان في سوارين من الحلي انتقض في السوارين جميعاً وروى عيسى بن
 دينار عن ابن القاسم يرد لها كلها وان كانت مائة زوج وجهه رواية أبو زيد ان السوارين بمنزلة
 شيء واحد فاذا انتقض الصرف في أحدهما انتقض فيهما لانه لا يجوز أن يفترقا في الرد على من باعهما
 مجتمعين لما في ذلك من المساد ولان النقص لما طرأ من جهتهما والعوض الذي يقارب مساو
 لم يدخله التقسيط وانما يباحق الحلي التقدير والتقويم فاذا علمت قيمة كل نوع منه فوبل من الدرهم
 بمقدار ذلك ووجه رواية عيسى انه اذا وجد الاختلاف في أحد العوضين لزم التقويم وهو معنى
 التقسيط وانما يسقط التقسيط مع تساوي أجزاء كل واحد من العوضين فان لم يكن كذلك فلا بد من
 التقويم والتقسيط (فرع) اذا ثبت ذلك فم ينتقض ما ينتقض من الصرف لوجود العيب في
 أحد عوضيه الظاهر من المذهب انه ينتقض بانفاذ الدال بارادته ولو وجد عيباً به فجاء ليرده فأرضاه
 الآخر حتى لا يبدل له لجاز ذلك بينهما وبماذا يصح أن يرضيه قال سحنون عن ابن القاسم فيمن باع من
 رجل طوق ذهب فيه مائة دينار بألف درهم فوجد به عيباً فجاء ليرده فصالحه من ذلك بدينار دفعه
 اليه انه جائز وروى ابن سحنون عن أبيه ان ذلك غير جائز ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن
 الرد لم يتم بينهما وأخذ عن ذلك ديناراً فلا يفسد الدال ان الرد لم يتم وقد منعه منه بما أرضاه به ولا يفسد
 لانه بمنزلة أن يبيعه مائة دينار ودينار بألف درهم وليس في الدينار الذي أعطاه تأخير لانه نقده حين
 العقد عليه والرضاه به كالموزاده ديناراً بعد العقد وجه قول ابن سحنون ما آل اليه أمرهما من الفساد
 بأن صار فيه مائة دينار نقداً وديناراً مؤجلاً بألف درهم (مسألة) وان صالحه من ذلك بمائة درهم
 قال ابن القاسم ان كانت من جنس الدراهم التي دفع اليه جاز وان كانت من غير جنسها لم يجز قال
 أشهب ذلك جائز فيهما وجه قول ابن القاسم انه اذا رد اليه من جنس دراهمه فقد صار ثمن الطوق

بأق الدراهم ولم يتم الرد فوجب أن يصح وإذا رد عليه مائة درهم من غير جنس دراهم فقد باعه طوقاً ومائة درهم بألف درهم وذلك غير جائز ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذا ليس من الصرف وإنما استثنى منه الرد عليه بالعيب

(فصل) وقوله وهو إذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المستأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف معناه أنه إذا رد عليه الذهب الزائف بعد المفارقة له كان ما بدله من الدراهم ديناً على بائع الدراهم تأخر القبض فيه عن وقت العقد فلا يصح إتمام الصرف فيه ويجب نقضه

(فصل) وقوله وإنما أراد عمر أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلاً بل لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة كان من صنف واحد أو أصناف مختلفة هذا مذهب مالك رحمه الله أنه لا يجوز التفرق قبل القبض في بيع الطعام وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ذلك جائز والدليل على ما يقوله الحديث المذكور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والتبر بالتبر ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء

﴿ المرافطة ﴾

ص ﴿ مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فإذا اعتدل لسان الميزان أخذوا عطى ﴾ ش قوله يراطل الذهب بالذهب يريد مبادله أحدهما بالآخر وزنا بوزن وهي المرافطة وهو على ضربين أحدهما غير مسكوك فلا خلاف على المذهب في جوازه والثاني مسكوك فهو مخرج في المذهب على روايتين أحدهما أنه جائز وذلك مبني على أن الدينارين والدراهم تتعين بالعقد وعلى هذا تردأ كثر مسائل أصحابنا في المرافطة فإن أقوالهم في ذلك مطلقة لا تنقيد بمعرفة الوزن والثانية أنه لا يجوز وذلك مبني على أن الدينارين والدراهم لا تتعين بالعقد لأن هذا من باب الجزاف والجزاف من مسكوك الذهب والفضة لا يجوز العقد عليه إلا أن يكون هذا الحكم يختص عندهم بالرافطة ولا فرق بينها وبين الصرف وغيره من البيوع والله أعلم وقد رأيت لبعض أصحابنا أنه لا يجوز المرافطة بين الدينارين والدراهم لهذا المعنى وقد يجوز ذلك بان يعرف وزن أحد الذهبين ثم يراطل بها الآخر (مسئلة) فإما أن وزنت إحدى الذهبين ثم وزن بعد ذلك بدلهما تلك الصنعة فإنه جائز إذا تيقنت المساواة بينهما لأنه الذهب بالذهب مثلاً بمثل وقد عرعن الجزاف بمعرفة قدره ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مرافطة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دينارين إذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وأن تفاضل العدد والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدينارين ﴾ ش وهذا كما قال أنه لا يرعى في مرافطة الذهب بالذهب والورق بالورق العدد وإنما يرعى فيه الوزن سواء كانت كلها مجموعة أو فرادى أو قائمة أو كان أحد العوضين مجموعة والثانية فرادى أو قائمة ووجه ذلك أن الاعتبار في الورق والذهب إنما هو بالوزن وإنما أبيع التعامل فيه بالعدد في بعض البلاد للعرف مع العلم بالوزن فيما لا يرعى فيه التساوى فإذا كان العقد مما يرعى فيه التساوى وجب أن يعتبر الوزن الذي هو أصل اعتباره ووجه المساواة فيه وسقط حكم العدد لأنه لا اعتبار به في فساد عقد ولا حكمة وسواء كان

﴿ المرافطة ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فإذا اعتدل لسان الميزان أخذوا عطى ﴾ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مرافطة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دينارين إذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وأن تفاضل العدد والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدينارين

أحد العوضين تبرأ والآخر مسكوكاً أو مصوغاً أو تبرأ مثله ذلك كله واحد في اعتبار المساواة فيه بالوزن ولا اعتبار في ذلك بسكته ولا صياغة على وجه المراطلة دون اقتضائه من الدين وبالله التوفيق

ص * قال مالك من رطل ذهباً بذهب أو ورقاً بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فإن ذلك قبيح وذريعة للربا لأنه إذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مراراً لأنه يجوز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفرداً ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذي أخذه به لأن يجوز له البيع فذلك الذريعة إلى إحلال الحرام والأمر المنهى عنه * ش وهذا كما قال أن من رطل ذهباً بذهب فإنه لا يجوز أن يكون مع أحد الذهبين ورق ولا عرض ولا شيء سواء كانت إحدى الذهبين أكثر من الأخرى ويكون العرض من العرض أو غيره في مقابلة زيادة أحد الذهبين على الآخر أو كان الذهبان متساويين وبيان ذلك أن يكون قد دفع إليه دينارين بدینار ويجعل مع الدينار ثوباً أو طعاماً أو ورقاً أو غير ذلك ليكون في مقابلة الدينار الآخر فإنه لا يجوز ذلك ومنع منه مالك لوجهين أحدهما أنه قبيح ومنوع لنفسه ولفساد العقد على هذا الوجه لما فيه من التفاضل بين الذهبين لأن السلعة التي مع الدينار مقسطة مع دينارها على الدينارين فيصيب كل دينار نصف دينار ونصف السلعة ور بما كانت السلعة أكثر قيمة من الدينار أو أقل قيمة فيقابل أكثر الدينارين أو أقلهما ويقابل الباقي من الذهب التي مع السلعة أقل من وزنها أو أكثر ولهذا منعه الشافعي وإن لم يقل بالذرائع والوجه الثاني أن هذا العقد ممنوع للذريعة إلى الحرام الذي لا يجوز وقد تقدم الكلام على وجوب القول بالذرائع وتفسير ذلك في هذه المسئلة ما احتج به مالك من أنه إذا جازله أن يأخذ بالمثقال قيمته حتى كأنه اشتراه مفرداً جازله أن يأخذ بقيمته مراراً ليحيز البيع بينه وبين صاحبه يريد بذلك ليحيز المحظور الممنوع بالشرع وذلك أنه إذا باع ديناراً رديئاً بدینارين جيدين وعلم أنه لا يصح أن يعطيه بذلك الدينار نصف دينار جيد جعل مع الدينار ما يساوي أكثر من الدينار الجيد مراراً وجعله ثمن الدينار الجيد فيكون في الظاهر قد أعطاه ديناراً رديئاً بدینارين جيدين وأعطاه السلعة بالدينار الآخر الجيد وهو في الحقيقة إنما أعطاه الدينار الرديء بنصف دينار جيد وأخذ السلعة بدینار ونصف من الذهب الجيد وهذا مما لا يحل ولا يجوز ولذلك قال مالك ولو أنه باعه ذلك الدينار مفرداً لم يأخذه بعشر الثمن يعني أن ذلك الدينار الرديء الذي مع السلعة لو باعه مفرداً لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين وإنما أضاف إليه السلعة ليتوصل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيد بدینار رديء وهذه المسئلة تعرف بمسئلة مدى عجوة لأنها تفرض فيمن باع مد عجوة ودرهما بدرهمين وجوز ذلك أبو حنيفة وقال أن من باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينار أنه جائز ويحتسب بالقرطاس في مائة دينار وتكون المائة الباقية من المائتين بالمائة التي في القرطاس والدليل على المنع من ذلك ما رواه مسلم في صحيحه من حديث علي بن رباح اللخمي أنه سمع فضالة بن عبيد الانصاري يقول أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها خرز وذهب وهي من المغانم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فترع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزناً بوزن فوجه الدليل من خبره أنه أمر بترع الخرز وأفراد الذهب ليتمكن بيعه ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج إلى وزنه ثم قال الذهب بالذهب وزناً بوزن فنسبه بذلك على أن علة إفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن (مسئلة) ولا يجوز أن يكون مع كل واحد من الذهبين

* قال مالك من رطل ذهباً بذهب أو ورقاً بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فإن ذلك قبيح وذريعة إلى الربا لأنه إذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مراراً لأنه يجوز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفرداً ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذي أخذه به لأنه يجوز له البيع فذلك الذريعة إلى إحلال الحرام والأمر المنهى عنه

* قال مالك في الرجل يرادل الرجل ويعطيه الذهب العين الجياد ويجعل معها تبراذها غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهباً كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان ذلك مثلاً بمثل ان ذلك لا يصلح * قال مالك وتفسير ما كرهه من ذلك أن صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ولو لا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يرادل صاحبه بتبره ذلك الى ذهبه الكوفية وانما مثل ذلك (٢٧٨) كمثل رجل أراد أن يتناع ثلاثة أصوع من تمر عجوة

بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فجعل صاعين من كبيس وصاعاً من حشف يريد أن يجيز بذلك بيعه فذلك لا يصلح لأنه لم يكن صاحب العجوة يعطيه صاعاً من العجوة بصاع حشف ولكنه انما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أو ان يقول الرجل للرجل يعني ثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فيقول هذا لا يصلح الامثلاً بمثل ففعل صاعين من حنطة شامية وصاعاً من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لأنه لم يكن يعطيه بصاع من شعير صاعاً من حنطة بيضاء لو كان ذلك الصاع مفرداً وانما أعطاه اياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفنا من التبر * قال مالك فكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يتناع الامثلاً بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الذي المستغوط ليجاز بذلك البيع ويستعمل بذلك ما نهى عنه من الأمر الذي لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهتم بذلك وانما يقبله من أجل الذي يأخذه معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الرديء أن يبيعه بغيره فليبيعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيئاً فلا بأس به اذا كان كذلك * وهذا كما قال ان من رادل ذهباً بذهب واحد الذهبين من جنسين فان كان لم يعلم بمقدار الجيد من الرديء لم تجز المراتلة ولا المبيعة كلها وان علم مقدار ذلك لم يخل أن يكون أحد الذهبين من جنس الذهب المفردة مساوية لها في الجودة والنفاق أو لا تكون احدهما مساوية لها فالظاهر من المذهب جواز ذلك سواء كانت الذهب التي معها أفضل أو أدون وهذا الوجه فيه لمنع الذريعة لأن مساواة الذهبين الذهب التي في عوضها تنفي التهمة التي تلحق من جهة التقسيط فوجوده إلا أن يحمل التقسيط على وجه

من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يباع الامثلاً بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الرديء المستغوط ليجاز بذلك البيع ويستعمل بذلك ما نهى عنه من الأمر الذي لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهتم بذلك وانما يقبله من أجل الذي يأخذه معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الرديء أن يبيعه بغيره فليبيعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيئاً فلا بأس به اذا كان كذلك

الذريعة والتهمة في ذلك فيبعد أيضا وهذا ما لم يكن رداءة أحد الذهبين من غش نحاس فيها وانما هي الرداءة في غش الذهب فان كانت مغشوشة بنحاس لم تجز المراطلة بها قاله الشيخ أبو اسحق وأن ما قال مالك في الذهب المفردة بالذهب المفردة (مسئلة) وان كانت غير مساوية لها فلا يجوز أن يكون الذهبان أفضل أو أدنى من الذهب المفردة أو يكون احدي الذهبين أفضل من المفردة والثانية أدنى منها فان كانت أفضل أو أدنى فعلى ما تقدم وان كانت احدهما أفضل والأخرى أدنى فلا خلاف في المذهب انه لا يجوز ووجه ذلك ما يلزم من تقسيط الذهب المفردة على الذهبين اللتين احدهما أفضل منها والأخرى أدنى منها فيؤديه ذلك الى التفاضل في الذهب أو يمنع ذلك للتهمة في قصد ذلك فتقوى التهمة هنادون أن تكون احدي الذهبين مساوية لها والأخرى أفضل وأدنى فان التهمة تضعف فيهما على ما قدمناه (مسئلة) ولو كانت دراهم سود بدراهم بيض دونها ومع السود فضة كفضة البيض ففي كتاب محمد أن ذلك لا يجوز لنقص السكة يريد أن نقص السكة في فضة البيض انما سويح فيه لفضل السود على الدراهم البيض فراعى السكة مع التناجز والذي في المدونة خلاف هذا والله أعلم

﴿ العينة وما يشبهها ﴾

﴿ العينة وما يشبهها ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قال من ابتاع
 طعاما فلا يبعه حتى
 يستوفيه * وحدثني عن
 مالك عن عبد الله بن دينار
 عن عبد الله بن عمر أن
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال من ابتاع طعاما
 فلا يبعه حتى يقبضه

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه * ش قوله صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه يريد أنه اذا استفاده بالابتاع فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه من بآئعه منه لأنه لا يجوز أن يتوالى على الطعام عقد بيع لا يتخلله ما استيفاء بالكيل ان كان مكيلا أو بالوزن ان كان موزونا لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفي هذا أربعة أبواب * الباب الاول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات * والباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة * والباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء * والباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني (الباب الاول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات)

المبيع على ضربين مطعوم وغير مطعوم فأما المطعوم فانه على قسمين قسم يجري فيه الرابا وقسم لا يجري فيه فأما ما يجري فيه الرابا فلا خلاف على المذهب في أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وأما ما لا يجري فيه الرابا فعن مالك في ذلك روايتان احدهما أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه وهو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز بيعه قبل قبضه ووجه الرواية الاولى ما احتج به أصحابنا في هذه المسئلة من قول النبي صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وهذا يصح الاحتجاج به في هذا الحكم على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغة وأما من رأى التخصيص بعرف اللغة فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم لأن لفظة الطعام اذا أطلقت فأنما يفهم منها بعرف الاستعمال الخنطة دون غيرها ولذلك لو قال رجل مضيت الى سوق الطعام لم يفهم منه الاسواق الخنطة ودليلنا من جهة القياس أن هذا مطعوم فلم يجز بيعه قبل قبضه كالذي يجري فيه الرابا ووجه الرواية الثانية أن ما لا يجوز فيه التفاضل نقدا فانه لا يحرم بيعه قبل قبضه كغير المطعوم (فرع) واذا قلنا ببراءة هذا الحكم في المقتات خاصة فلا فرق بينهما فاذا أجريناها في كل مطعوم فلا فرق بين هذا

وبين حكم الربا (مسئلة) وهذا في المطعوم المكيل أو الموزون وروى ابن القاسم عن مالك في البسوط وكذلك المعدود لا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه وقد قاله غيره من أصحابنا وهو المذهب ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان غير مطعوم فذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعوم ولا تعلق له به سواء كان مكبلا أو موزونا أو غير مكيل ولا موزون وقال عبد العزيز بن أبي سامة وربيعة وبجي بن سعيد أن كل ما يبيع على كيل أو وزن أو عدد مطعوما كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعه قبل قبضه واختاره ابن حبيب وقال أبو حنيفة هذا الحكم ثابت في كيل مبيع ينقل ويحول وقال الشافعي هو حكم ثابت في كل مبيع واستدل أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه فوجه ذلك انه خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد تقدم الكلام فيه ودليلنا من جهة القياس ان هذا مبيع ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كالذنانير والدراهم (الباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة)

العقود على ضربين معاوضة وغير معاوضة فأما المعاوضات فالبيع وما في معناه من الاجارة والمصالحة والمناكحة والمخالعة والمكاتبه على وجه العوض كأر زاق القضاة والمؤذنين وأصحاب السوق فان هذا كله يؤخذ على وجه المعاوضة وقال أبو حنيفة ما ملك بمهر أو خلع من طعام أو غيره فانه يجوز بيعه قبل قبضه وهذه العقود تنقسم على ثلاثة أقسام قسم يختص بالمعاقبة والمكايسة كالاجارة والبيع وما كان في حكمهما وقسم يصح أن يقع على وجه المعاقبة ويصح أن يقع على وجه الفرق كالاتالة والشركة والتولية وقسم لا يكون الا على وجه الفرق كالقرض فأما البيع وما كان في معناه مما يختص بالمعاقبة قال القاضي أبو محمد ما كان أجره لعمل أو قضاء لدين أو مهرا أو خلعا أو صلحا عن دم عمد أو مثلا لمتلف أو ارش جنابة في مال مضمون أو معين فذلك كله يجري مجرى البيع فيما ذكرناه فلا خلاف في انه لا يجوز أن يتوالى منه عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت في الذمة لا يتخالفان قبض والأصل في ذلك الحديث المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي ومن جهة المعنى ان ذلك ممنوع حفظه وسراسته وتوقيه من الربا لا يتوصل أهل العينة بذلك الى بيع دنائير بأكثر منها وذلك ان صاحب العينة يريد أن يدفع دنائير في أكثر منها نقدا أو الى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل اليه بان يذكر حنطة بدینار ثم يتناعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد ولا سيما في بلاد العرب وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثيرا المعرفة بجميع الناس لثمنه وقيمتيه وجودا أكثر الناس له منع ذلك فيها وشرط في صحة توالى البيع فيها خلال القبض والاستيفاء لان ذلك نهاية التبايع فيها واتمام العقد ولزومه ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات لانه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها لان ثمنها يخفى في الأغلب ويقل مشتريها (فرع) ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه كيلا يجوز استثناءه ثم أراد بيعه فقد اختلف قول مالك فيه فكرهه ثم رجع الى اجازته روى ذلك ابن المواز وجه الكراهية مبني على أن المستثنى مبيع ووجه الاباحة والجواز مبني على أن المستثنى غير مبيع (مسئلة) وأما ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الارفاق ووجه المعاقبة كالاتالة والشركة والتولية فان وقع على وجه الفرق فانه يصح أن يلي البيع في الطعام قبل القبض

ووجه وقوعه على الفرق أن يكون على حسب ما وقع عليه البيع فيه فإن تغير عنه لزيادة ثمن أو وصفة أو نقص أو مخالفة في جنس ثمن أو أجل خرج عن وجه الفرق إلى البيع الذي لا يجوز والأصل في جواز ذلك إذا وقع على وجه الفرق ما رواه سحنون في المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن يسار عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة ومن جهة المعنى أن هذه عقود مبنية على المعروف والمواصلة دون المغابنة والمكايسة التي لمضارعتها يمنع بيع الطعام قبل استيفائه وذلك أنه منع لمشابهة العينة فإذا وقعت هذه العقود على وجه الفرق وعريت من المغابنة والمكايسة كانت مباحة كالقرض وهذا في الجملة فأما التفصيل فلا يخلو أن يكون ثمن الطعام عينا أو غير عين فأما العين فانه إن كان مثله في قدره وصفته فلا خلاف في المذهب في جواز الإقالة به وإن تغيرت صفته أو قدره لم يجز لأنه ليس بإقالة وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه لأن الإقالة إنما هي على مثل ما انعقد عليه البيع ولذلك قال بعض أصحابنا إنها ليست بعقد مستأنف وهي نقض للعقد الأول (مسئلة) وإن كان ثمن الطعام غير عين لم يخل أن يكون مماله مثل كالمكيل والموزون والمعدود أو ممالا مثل مما يرجع إلى القيمة فإن كان مماله مثل من المكيل والموزون والمعدود ففي الواضحة تجوز الإقالة بالمثل وقاله أشهب في المجموعة وشرط أن لا يكون أرفع منه ولا أدنى وأن يكون حاضرا عنده وقال ابن القاسم لا يجوز ذلك وجه قول أشهب أن هذا مماله مثل فصحت الإقالة من الطعام بمثله كالدنانير والدرهم ووجه قول ابن القاسم أن هذا عوض يتعين بالعقد فلم تجز الإقالة من الطعام إلا بعينه دون مثله أصل ذلك ما يرجع إلى القيمة (مسئلة) فإن كان الثمن ممالا مثل كالثوب والحيوان ففي الواضحة لا تجوز الإقالة بمثله ولا بقيته وإنما تجوز منه بعينه ما لم تدخله زيادة ولا نقص في بدن ويجوز أن يدخله تغيرا سواق ووجه هذا ما قدمناه من أن الإقالة إنما هي في معنى حل العقد الأول فإذا لم يؤد إليه ثمنه ولا مثله لم تكن إقالة وكان يبيع الطعام قبل استيفائه وهو ممنوع منه (مسئلة) وإن كان الطعام ممالا لم يخل في إجارة جاز أن يقبله قبل العمل ولم يجز ذلك بعد العمل فإن عمل بعض العمل جاز أن يقبله مما بقي دون ما عمل رواه كله ابن المواز عن أشهب ووجه ما احتج به ابن حبيب أن أعمال الناس تختلف فلا يكون العمل الآخر مثالا للأول وذلك ينافي الإقالة ولأن العمل إنما يرجع إلى القيمة فلا تصح الإقالة فيه بعد فواته كالثوب وأما الكتابة ففي الواضحة ولا تبع طعامك من كتابة من غير المكاتب قبل قبضه إلا أن يكون يسيرا نأفها يبيع مع غيره مما كاتبه عليه فلا بأس به

(فصل) وأما ما يختص بالفرق من عقود المعاوضة كالقرض فانه يجوز أن يتكرر على الطعام قبل قبضه وأن يلي البيع ويليه البيع لا خلاف في ذلك نعلمه (مسئلة) وأما ما يلزم الذمة من الطعام بغير عقد مثل أن يلزمها بالنصب والتعدي ففي كتاب محمد بن أبي القاسم لا يجوز بيعه قبل قبضه وحكي القاضي أبو محمد أنه كالبيع إن كان مثلا لمتلف ولا يجوز بيعه قبل قبضه وجه القول الأول أن أخذ مثل الطعام في النصب يتوالى على الطعام من غير أن يتلف ما قبض فلو كان بمنزلة البيع لما جاز أن يتوالى عليه وهذا باطل باتفاق ووجه رواية القاضي أبي محمد أنه طعام يؤخذ عوضا على وجه المشاحة وترك الأرفاق فلم يجز أن يلي البيع دون قبض أصل ذلك البيع وأما ما كان من العقود ليس فيه معاوضة كالهبة والصدقة والعطية فلا بأس أن يتوالى على الطعام قبل قبضه لأنها ليست من عقود

المعاوضة ولا يتصور فيها معنى العينة التي لها منع بيع الطعام قبل استيفائه
(فصل) اذا ثبت أنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه فإنه لا يجوز أن يبيعه هو ولا وكيله ولا وارثه
قاله مالك في المبسوط لان انتقاله بالميراث لا يجوز أن يكون حازرا بين البيعتين ولا يقوم مقام القبض
في اباحة البيع فيه وان وهبه الرجل بعد أن ابتاعه قبل أن يستوفيه لم يجز للموهوب له أن يبيعه حتى
يستوفيه رواه في المدونة عبد الرحمن بن دينار عن المغيرة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم وزاد
مالك في النوادر وكذلك لو وهب له أو تصدق به عليه أو أخذه قضاء من سلف قال وأخفه عندي الهبة
والصدقة وفي الموازية عن مالك من أحلته على طعام من بيع أقرضته إياه أو قضيته إياه من قرض فلا
يبيعه حتى يستوفيه (مسئلة) اذا ثبت أن هذا الحكم يتعلق بما استفيد على وجه المعاوضة فإنه
أيضا يجب أن يمنع من عقود المعاوضة قبل الاستيفاء ولا يمنع ما ليس بمعاوضة من هبة ولا صدقة ولا
قرض ولا غير ذلك من العقود التي تعرى عن العوض ولذلك لم يمنع من الاقالة والتولية والشركة
وان كانت فيها معاوضة

(الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء)

وأما ما يكون قبضا واستيفاء يصح أن يفصل بين البيعتين في الطعام فهو ما يخرج به من ضمان البائع
الى ضمان المشتري من الكيل والتوفية في المكيل والموزون والتوفية في الموزون وفي التصري في
الاتفاق على مقداره والحكم به وتوفيته ان كان فيه حق توفية وذلك بأن يوفيه البائع المبتاع وتسليم
المبتاع إياه لازم قبل أن يبيعه وقد تقدم وصف التوفية قبل هذا فخل هذا يكون فصلا بين البيعتين فان
عقد العقد من بيع في طعامين في ذمتين ثم أراد أن يتقاضيا بهما لم يجز ذلك على المشهور من
المذهب وبه قال ابن القاسم وقال أشهب في كتاب ابن الموزان اتفق رأس مالهما في القدر
والصفة جاز ذلك وجه القول الاول انهما المتقاضيا بالطعام آل أمرهما الى طعام واحد فقد انقصد
عليه عقد بيع وكل واحد منهما انقصد بلفظ البيع وعلى معناه من المغالبة والمكايسة لم يفصل بينهما
قبض وذلك ممنوع ووجه القول الثاني ان مال أمرهما الى الاقالة لان المسلم الثاني ردة الى الاول
مثل رأس ماله وهذا معنى الاقالة والعقد لا تعتبر فيها باللفظ وانما تعتبر بالمعنى ولما كان معنى ما وجد
منهما السلم والاقالة وذلك يجوز في الطعام قبل استيفائه جاز ذلك في مسئلتنا (مسئلة) وان كان
الطعامان من قرض جاز ذلك حل أجلهما أو لم يحل لان اتصال القرضين في الطعام ليس بمنوع
وان كان أحدهما من بيع والآخر من قرض فحل أجلهما جازت المقاصة لان اتصال القرض بالبيع
جائز في الطعام فان لم يحل واحد منهما فالمشهور من المذهب انه لا يجوز وبه قال ابن القاسم وقال
ابن حبيب ان اتفق الأجلان جازت المقاصة وقاله أصحاب مالك الا ابن القاسم وجه القول الاول ان
المقاصة قبل الاجل مع الاجل في البيع يمنع المقاصة بما لا يجوز الا عند حلول الأجل كالمقاصة
بالدينير والدرهم ووجه القول الثاني انه اذا كان الاجلان واحدا كان ذلك بمنزلة حلولهما لان
الذمتين تبرأ منهما دون زيادة من أحدهما (مسئلة) فان حل من الأجلين أجل القرض ولم يحل
أجل السلم لم يجز ذلك أيضا لما قلنا وان حل أجل السلم ولم يحل أجل القرض لم يجز عند ابن القاسم
وجوزه أشهب وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مقاصة بما حل فيما لم يحل فوجب أن يكون بيعا كالمولوم
يحل أجل السلم ووجه قول أشهب ان القرض لما يلزم أجله المقترض كان بمنزلة الحال والمشهور
من قول أشهب أن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل وعن ابن القاسم انه يجبر فكان

يجب أن تجوز هذه المسئلة على أصول ابن القاسم ولا تجوز على أصل أشهب غير أن ابن القاسم أكثر تمسكاً بأصله لأن الاجل وإن لم يلزم المتسلف فهو يلزم المسلف (مسئلة) وأما ما اشترى جزافاً فإن استيفاءه بتمام العقد فيه لأنه ليس فيه توفية أكثر من ذلك ويتخرج في ذلك مذهبان أحدهما أن الحديث بالمنع من بيع الطعام قبل استيفائه عام فيه وفي المكيل الآن الاستيفاء فيه بتمام العقد عليه والثاني أنه لا يتعلق به المنع والحديث خاص في المكيل الذي فيه حق التوفية ولذلك قال صلى الله عليه وسلم حتى يستوفيه ولم يقل حتى ينقله أو يأخذه فعلى هذا الحكم بمائتة له حكم الاستيفاء وهو المكيل والموزون والمعدود وقد روى ابن القاسم عن مالك في المبسوط من اشترى طعاماً ماصراً جزافاً فإنه لا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه من بائعه منه أو من غيره نقده الثمن أو لم ينقله بأكثر من الثمن أو أقل أو بمثله وما يدل على ذلك أن من اشترى تمرًا في رؤس النخل فلا بأس أن يبيعه قبل جده وإن كان استيفاءه لم يوجد لاتفاقنا مع الشافعي على ثبوت حكم الجامحة فيه وقد روى الوفا عن مالك أنه لا يجوز بيع شيء من المطعومات يبيع على الكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف قبل قبضه وبه قال أحمد بن حنبل والثوري (مسئلة) ومن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهرافاً راد يبيعها قبل أن يجلبه نهى عنه ابن القاسم وأجازه أشهب واختار محمد النهي قال لأنه في ضمان البائع حتى يقبض فهو من يبيع ما لم يضمن من الطعام وجه قول أشهب أنه لم يبق على البائع فيه حق توفية كالثمرة في رؤس النخل والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة في رؤس النخل أنها ليست في ضمان البائع على الإطلاق وانما هي من ضمانه على وجه مخصوص يختلف فيه

(الباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني)

أما قبض المسلم إليه الطعام من نفسه باذن المسلم فلا يجوز أن يباع به وكذلك قبض زوجته أو عبده أو مدبره أو أم ولده إلا أن يكون ولده الكبير الذي قد بان بالحيازة عنه فلا بأس بذلك قاله ابن القاسم في المدونة ولو استوفى كيلة منه ثم تركه عنده أو عند غيره جاز له أن يبيعه قبل أخذه منه قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك أنه لو استوفاه وتركه عنده ودعيه واستيفاء من وهب أو تصدق به عليه أو فرضه يبيع له يبيعه لأنه قد حل محل من كان له وبالله التوفيق ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه * ش قوله كنا نؤمر بانتقاله إلى مكان سواه قبل أن نبيعه معناه والله أعلم أنه اشتراه جزافاً وقد ورد ذلك مفسراً ورواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه قال رأيت الذي يشتري الطعام مجازفة يضر بون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يؤوله إلى رحالهم فلما كان الاستيفاء في بيع الجزاف يتم بتمام اللفظ بالبيع وقد رأيت لابن عبدوس في المجموعة ما يقتضي هذا أنه روى عن مالك فيمن ابتاع تمر عدت نخلات بلا كيل إن له بيع ذلك قبل جده لأنه قد صار في ضمانه بالبيع فذلك قبض فاقضى قوله إن تمام البيع هو القبض وأما التخلية بينه وبين المتاع فليست من باب التوفية وانما هي من باب تركه منع ذي الحق من حقه وقد قال القاضي أبو محمد أنه يجوز له يبيعه فأشار إلى أن التخلية على التوفية فعلى هذا يكون معنى ضربهم على المنع من يبيعه حتى ينقلوه إلى رحالهم ليتبين الاستيفاء بعد وجود التوفية بالتخلية فشرع نقله من مكانه ليفصل بين البيعتين عمل ظاهر فيه بعض أفعال الكيل لأن الكيل فيه أيضاً نقل من مكان إلى مكان إلا أنه نقل يلزم البائع ولم يبق في الجزاف على البائع عمل فجاز له ذلك يبيعه كما يجوز بيع التمر على رؤس

* وحدثنى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أنه قال كنا في زمان
رسول الله صلى الله عليه
وسلم نبتاع الطعام فيبعث
علينا من يأمرنا بانتقاله
من المكان الذي ابتعناه
فيه إلى مكان سواه قبل
أن نبيعه

التخل لمن اشتراها قبل أن يجدها وانما بقي فيه العمل على المبتاع أن ينقله قبل أن يبيعه وهذا لما كان
حقا على المبتاع لم يبطل البيع ولذلك لم يكن له تعلق بالبائع وقد روى في المبسوط ابن القاسم عن
مالك ما تقدم من جواز بيع الصبرة لمن اشتراها قبل أن يقبضها ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي
والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا ولأنه لم يوفه حق توفيته فجاز بيعه
كالكيل بعد الكيل وحكى القاضي أبو محمد أن مالك استحب أن يباع بعد نقله ليخرج من
الخلافة وعندى في هذه المسئلة أن مالك كانا تكلم على صحة العقد والعقد صحيح لما ذكرناه ولم
يتكلم على ما يلزم المشتري من تقديم نقله ويجب أن يتقرر المذهب على أنه ليس بلام له ليخرج
بتركه ويلزم الإمام أن يمنع منه فان فات بعقد البيع لم يرد لصحة العقد والله التوفيق وقد روى في
المدنية ابن نافع عن مالك أنه كره لمن اشترى الطعام جزافا أن يبيعه بنظرة قبل أن ينقله قال مالك لانه
بلغنى ان ابن عمر كان يقول ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلينا إذا اشترينا الطعام جزافا لا تبيعوه
مكانه الذى اشترى يتموه فيه حتى ينقله الى مكان سواه قال مالك تفسيره أن يبيعه بالدين قال ابن القاسم
كان يستحب ذلك ولا يراه حراما وان وقع جاز وما قدمناه فيه ظاهر محتمل وفي كتاب أبي القاسم
الجوهري بأثر هذا الحديث انما هو فى تلقى الركبان وهذا أيضا محتمل فيكون معناه ان من اشتراه
فى موضع غير سوق ذلك الطعام فلا يبيعه من يلقاه قبل أن يبلغ به السوق وقولهم انما يرجع الى صحة
العقود دون ما على البائع الثانى ذلك فانهم لم يتعرضوا لذكره والله أعلم وأحكم وقد تقدم من رواية
يحيى بن زكريا الوزار أن ذلك لا يجوز والله أعلم وأحكم ص * مالك عن نافع ابن حكيم بن حزام ابتاع
طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن
الخطاب فردّه عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه * ش قوله ان حكيم بن حزام ابتاع طعاما
أمر به عمر بن الخطاب للناس محتمل أن يكون أمر به ابتداء بغير عمل استحقوه لذلك فجاز لهم بيعه
قبل قبضه وفى العتبية من رواية أشهب عن مالك فيما فرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه لاز واج
النبي صلى الله عليه وسلم من الأرزاق من طعام فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها وكذلك
طعام الجار فعلى هذا انما نهى عمر بن الخطاب عن بيعه لانه صار اليه بالابتاع ولا يجوز له بيعه قبل قبضه
ولم ينه عن شرائه لانه لم يصير الى ان من باعه منه معاوضة ويحتمل أن يكون أمر لهم به على عمل
استحقوه به فقبضوه ثم ابتاعه منهم حكيم بن حزام فباعه قبل قبضه فعلى هذا ابتاعه جائز مباح وبيعه
ممنوع ويحتمل أن يكون أمر لهم به لعمل عملوه فباعوه منه قبل قبضه ثم باعه حكيم قبل قبضه أيضا
فعلى هذا ابتاعه ممنوع وبيعه ممنوع وقد قال ابن حبيب فى واضحته ما كان من أرزاق القضاة أو
الكتاب أو المؤذنين وأصحاب السوق من الطعام فلا يباع حتى يقبض وما كان من صلة أو عطية من
غير عمل فذلك جائز

(فصل) وقوله فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فردّه عليه يريد انه رد يبيعه قبل استيفائه فقبضه مبتاعه
فان كان البيعتان ممنوعتين فقد رد هما وان كان بيع حكيم بن حزام هو الممنوع خاصة رد وذلك
انه ان كان لم يرغب المبتاع عن الطعام نقض البيع بينهما وأخذ مبتاع الطعام الثمن ان كان قضاء وبقي
الطعام لباتعته وان كان قد غاب عليه رد مثله وأخذ ثمنه ولو كان مبتاعه قد غاب فلم يقدر عليه رد
فى الموازنة عن ابن القاسم يؤخذ الثمن من البائع فيبتاع به مثل طعامه فان قصر عن مقدار طعامه
كان له أن يبيع الغائب مما نقص وان فضل شئ وقف للغائب يأخذه ان جاء وان كان كفافا جزأ بعضها

* وحدثنى عن مالك عن
نافع أن حكيم بن حزام ابتاع
طعاما أمر به عمر بن
الخطاب للناس فباع حكيم
الطعام قبل أن يستوفيه
فبلغ ذلك عمر بن الخطاب
فردّه عليه وقال لا تبع
طعاما ابتعته حتى تستوفيه

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن صكوكا خرجت للناس في زمان مروان ابن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد ابن ثابت ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا أتحل بيع الربا يا مروان فقال أعوذ بالله وما ذلك فقال هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها الى أهلها * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يبتاع طعاما من رجل الى أجل فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام الى السوق فجعل يريه الصبر ويقول له من أيها تحب ان ابتاع لك فقال المبتاع أتبيعنيهما ليس عندك فأتيا عبد الله ابن عمر فذكرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمبتاع لا تبتع منه ما ليس عنده وقال للبائع

لا تبع ما ليس عندك * ش قوله في رجل أراد أن يبتاع طعاما من رجل إلى أجل يحتمل أن يريد به أنه وصف له طعاما ظن المبتاع أنه عنده أو أراه طعاما ظن أنه عنده أو قال له في الجملة أنا أبيع منك طعاما فاعتقد المبتاع أنه عنده وظن هو أن يبيع ما ليس عنده فذلك جائز ولو علم المبتاع أولا أنه يبيعه ما ليس عنده لأنكر عليه كما أنكره حين تبين له ذلك وأما إذا أراه عين طعام فباعه قدر ما منه والمبتاع يعتقد أنه عنده ففي كتاب ابن المواز سحنون من سؤال حبيب فمين عرض قمحا أو زيتا في يده منه فجاء به رجل منه على أقفزة معلومة ثم قال ما عندي منه شيء أو هو لغيري وأبي أن يبيع فقال ان أقام بينة أنه لا شيء عنده منه وأنه لغيره أو لا زمة أن يأتي بالأقفزة التي باع منه ووجه ذلك أن يبيعه منه لقدر معلوم اقرار منه بأنه ملكه ويقدر على الاتيان به وقد استحق عليه ذلك بالابتاع منه فليس له الرجوع عن ذلك لأن عقد البيع لازم إلا أن يظهر من عدم ملكه ما فيه براءة له وبالله التوفيق (فصل) وقوله فذهب به الرجل إلى السوق فجعل يري به الصبر ليعتد له من أيها يحب فتبين للبتاع بذلك أنه انما باع منه ما ليس عنده ولو كان له لما احتاج أن يبتاعه فأنكر ذلك عليه وقال اتبعني ما ليس عندك وذلك ان يبيع ما ليس عند الرجل على وجه البيع لا يجوز لأن المبيع على ضربين معين وهو الذي ينطلق عليه اسم المبيع فلا يجوز إلا أن يكون معينا كالثوب أو الدابة أو العبد أو معينا بالجملة مثل أن يكون قفيزا من هذه الصبرة وأما ما كان في الذمة فاسم السلم أخص به فإنه يتعلق بالذمة ولا يجوز أن يكون معينا ولا حالا وسيأتي بيانه بعد هذا ان شاء الله ويتعلق المنع ببيع ما ليس عنده بالوجهين جميعا فأما في السلم فإنه يخرج عن حكم السلم ويدخله المنع إذا كان معجلا أو كان معينا ليس عنده وأما البيع فإنه أيضا ممنوع من تعلقه بما ليس عنده لانتفاء قلنا أنه يجب أن يكون معينا ويكون في ملكه فان لم يكن في ملكه وكان معينا لم يصح لما فيه من الغرر لأنه لا يمكن تخليصه وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكن تسليمه وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه ولذلك لم يجز بيع العبد الأبق والجل الشارد والطائر في الهواء والمملوك في البحر وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه والدليل على ذلك ما رواه أبو عبد الرحمن أخبرنا زيار بن أيوب أخبرنا هشيم أخبرنا أبو بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله يأتي الرجل يسألني البيع ليس عندي فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق قال لا تبع ما ليس عندك وهذا عندي أشبه اسنادا ورد موصولا لهذا المتن والله أعلم (مسئلة) وأما ما عنده فإنه على ضربين أحدهما أن يكون غائبا والثاني أن يكون حاضرا فأما العين الغائبة فقد تنعقد المعاوضة فيها على وجهين أحدهما على وجه المغابنة والمكايسة والثاني على وجه المكارمة والتفضل فأما ما كان على وجه المغابنة والمكايسة فإنه لا يصح ذلك إلا بصفتها أو برؤية متقدمة فيها فان كان بالصفة المستوعبة لمعانيها جاز ذلك في جميع المبيعات ويجيء على قول ابن القاسم الذي يقول لا يجوز السلم في تراب المعادن أن لا يجوز بيعه بالصفة لأنه قال لا يحاط بصفته ومنع الشافعي بيعه بالصفة وسيأتي الكلام عليه عند ذكر بيع البرنامج ان شاء الله تعالى (مسئلة) وإذا قلنا أنه يجوز بيعه على الصفة فقد قال القاضي أبو محمد ان الذي يحتاج اليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأمان بوجودها وعدمها ولا يكفي في ذلك ذكر الجنس والعين فقط لأن بيع الملامسة لا يعرى من رؤية العين ومعرفة الجنس ومع ذلك لا يجوز وأما الرؤية المتقدمة فقد قال ابن القاسم في المدونة ان كانت تقدمت رؤيته لها بأمد قريب فان ذلك جائز وان كانت بأمد بعيد يعلم ان تلك السلعة أو

لا تبع ما ليس عندك

الحيوان لا يبلغه الا بعد التغير فلا يجوز ذلك الا أن يقول البائع انها على الصفة التي رأيتها (فرع)
 اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها فان كان بعيد الغيبة لم يجز بيعه على شرط
 النقد على ما قدمناه من منع الذرائع لأنه ان سلم الى الاجل وكان على الصفة كان يباع وان لم يسلم أو لم
 يكن على الصفة رد رأس المال فكان سلفا فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز الا أن
 يكون المبيع أرضاً أو عقاراً فانه يجوز بيعه بالصفة على شرط النقد وذلك أن السلامة فيها هي الغالبة
 فذهب الغرر من جهة ما يتوقع عليها وانما الغرر فيها من جهة واحدة وهي المخافة من مخالفة الصفة
 وقد قال مالك انما النقد فيها اذا كان الواصف غير البائع (فرع) فاذا قلنا بجواز البيع في الاعيان
 الغائبة البعيدة على الصفة فمن ضمان من هي تختلف قول مالك فيها فرة قال انها من ضمان المبتاع حتى
 يشترطه على البائع ثم رجع عن ذلك وقال من ضمان البائع حتى يشترطه على المبتاع قال ذلك ابن
 القاسم في المدونة زاد القاضي أبو محمد عنه رواية ثالثة وهي أن ضمان الحيوان والمأ كولا وليس
 بما موع على البائع وضمان الدور والعقار على المشتري فجعل هذه المقالة مقالة ثالثة والذي عندي
 انها هي المقالة الثانية استثنى فيها الدور والعقار من سائر المبيعات في الضمان وعلى ذلك رواها ابن
 القاسم وبينها في غير موضع قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الاولى أن الاصل السلامة مع كونه
 متميزاً عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية فكان ضمانه من المشتري وذلك اذا علم أن الصفة صادقة
 حتى سلم ثم تلف من بعد ووجه الرواية الثانية أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه فلما لم يوفه لم
 يستحق عليه العوض والتلف منه لأنه لم يحصل بيد المشتري ووجه التفرقة بين المأمون وغير المأمون
 أن المأمون على ظاهر السلامة فيجب أن يكون ضمانه من المشتري كالحاضر ولأن النقد لما جاز في
 غير المأمون دون غيره دل على افتراقهما في حكم الضمان (مسألة) وأما ان كان قريب الغيبة فانه
 يجوز النقد فيه بالشرط لأنه لا ينفي الأحاد وجهين المخافة وهي مخالفة الصفة وهذا من معنى
 التدليس بالعيب فلا يمنع اشتراط النقد وقد قال ابن القاسم في المدونة اذا كان المبيع الغائب على
 مسيرة اليوم واليومين ونحوه جاز النقد فيه طعاماً كان أو غيره
 (فصل) وأما ان كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى في يومه ولا
 يصفه ولا يذ كر جنسه من الرقيق والدواب والعروض على اختلاف أنواعها مثل أن يقول اشترت
 اليوم شياً رخيصاً فيقول أرني اياه فيقول نعم ففي المدونة من قول ابن القاسم يلزم البائع ويكون
 المبتاع بالخيار وهذا الآن مقتضى التولية المكارمة ولا غرر في هذا العقد لأن البائع قد علم صفة
 ما يباع فلا غرر عليه والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضاً (مسألة) وهذا اذا كان بلفظ التولية
 فأما اذا كان بلفظ البيع أو بغير ذلك الثمن فلا يجوز الا ان يشترط له الخيار ووجه ذلك أن مقتضى
 البيع المغابنة والمكايسة ومثل هذا من العقود لا يصح أن ينقذ فيها جهلت صفة وجنسه فاذا شرط
 الخيار فقد صرح بالمكارمة وسامت جنبه المبتاع من الغرر ذكر ذلك كله ابن القاسم في المدونة
 والى القرب من هذا أشار أبو حنيفة فقال انه يجوز بيع الاعيان الغائبة وللمبتاع خيار الرؤية
 (فرع) اذا ثبت ذلك فمن ابتاع عيناً غائبة بصفة فوجدها على تلك الصفة لم يمتد ولا خيار له الا أن
 يشترطه قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أنه يبيع موصوف وجد على صفته فلم يثبت فيه خيار
 الرؤية كالمسلم فيه وقال القاضي أبو محمد لا يجوز بيع عين غائبة بعذر رؤية ولا صفة وان شرط
 خيار الرؤية وذكر عن الشيخ أبي بكر عن أصحابنا أنهم يقولون ان ذلك خارج عن الاصول والى

هذا ذهب الشافعي وجه القول الاول نقص شرطه ووجه القول الثاني أن هذا بيع مجهول الصفة عند العاقد سال العقد فلم يصح بيعه كالسلم اذا عرا عن الوصف

(فصل) وقوله للبتاع لا تتبع ما ليس عندك يريد انه لما كان هو القائل بالمنع من هذا البيع لم يافيه من تصديقه ثم عطف على البائع فقال له لا تتبع ما ليس عندك على وجه النهي له والاخبار بان ما اعتقد قبل ذلك من جواز البيع فيه ليس بصحيح وهذا كله يدل على أنه لم ينعقد بينهما بيع لأنه لم يأمرهما بفسخ ولا رد وانما نهى عن أمر مستقبل ولو وقع منهما بيع لأمرهما أولاً ولأمره ثم امان يقتصر على ذلك أو يتبعه النهي عن موافقة مثله في المستقبل وقد روى عيسى في المدينة سألت ابن القاسم عن العينة المكروهة والعينة الجائزة فقال ابن القاسم العينة المكروهة هة أن يأتي الرجل لبتاع منه طعاماً أو حيواناً أو عروضاً أو متاعاً إلى أجل فيقول ليس عندي ولكن اربحني كذا وكذا واشتر به لك فاذا اتفقا على الربح اشترى ذلك فهذه العينة المكروهة لأنه أعطاه ذهباً بأكثر منها إلى أجل قال ابن القاسم لو قال له ما عندي ثم ذهب فاشترى مثل ذلك المبتاع ثم لقيه بعد ذلك فقال عندي ما تحب فتعال أبيعك قال مالك ان لم يكن الا هذا فلا بأس به ان لم يكن مواعدة أو عادة يعرض له بها ولا أحب أن يقول له ارجع الى قال مالك ولو سأله أن يشتري متاعاً يبتاعه منه إلى أجل ولم يترأضاً على ربح فلقية بعد ذلك فباعه على ربح رضاه لم يكن في أصل كلامه ما كان مكروهاً قال ولا أفسخ بيع هذا ولا الذي يقول ارجع الى ففي ذلك ثلاث مسائل اذا قال له تعال اشتر به لك وتربحني كذا ويتفقان على ذلك فهذا لا يجوز وان وقع رد والثانية أن لا يتفقا على ربح الا انه يقول له ارجع الى أو يقول له سأفعل ولا يوافق على ربح مقدر فهذا مكروه لم يافيه من مضارعة الحرام ومشابهته وخوف المواعدة أو العادة فيه فهذا يكره ابتداء وان وقع لم يفسخ لانه انما اشترى في الظاهر لنفسه لانه لم يوافق قبل ذلك ولم يعقد معه عقدا يلزمه أحد مما لم يقرر اربحني كذا ولا يربحني كذا ولا يتعلق به ثم يشتري لنفسه فهذا مباح وهو بمنزلة من يشتري سلعة عرف نفاقها ورجل جاحض الناس على شرائها وقد قال ابن القاسم في المدينة ان العينة الجائزة أن يشتري الرجل المتاع والحيوان والدواب والعروض ويعدها لمن يشتريها منه ولا يواعد في ذلك أحد ابينه وانما يعدها لكل من جاء يطلب الابتاع منه بنقد أو إلى أجل فهذه عينة جائزة لا كراهية فيها ص مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على إلى أجل فقال له سعيد أريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك ثم قول جميل بن عبد الرحمن اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله يريد انه يبتاعها من أربابها الذين خرجت لهم الصكوك بها اما على صفة يصفونها أو على عادة عرفوها من طعام الصكوك تقوم مقام معرفة الجنس والصفة فقد يكون الطعام الكثير المحبوب من بلد يجتمع في موضع فتتفق أجزاؤه وتتقارب فينقل منه الاجزاء والاحمال وما يعرف به جنسه الى ما يقرب منه من البلاد كالمدينة على ساكنها أفضل الصلاة وأتم السلام من الجار وما جرى مجرى ذلك فكان جميل بن عبد الرحمن يشتريها منهم على هذا الوجه والله أعلم وأحكم ثم كان يأخذ من الناس سلماً في طعام على تلك الصفة وهو ينوي أن توفيهم منه وهذا محتمل وجهين أحدهما أن يحملهم على من عنده ذلك الطعام يأخذ المسلم اليه ذلك منه عند الأجل فهذا الاخلاف في منعه لانه يبيع الطعام قبل استيفائه لان جميل بن

• وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل أبتاع من الأرزاق التي تعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على إلى أجل فقال له سعيد أريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيئا من الحبوب القطنية أو شيئا مما يشبه القطنية مما تجب فيه الزكاة أو شيئا من الأدم كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشيرق واللبن وما أشبه ذلك من الأدم فان المبتاع لا يبيع شيئا من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه

* ما يكره من بيع الطعام الى أجل *

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار ينيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب * وحدثني عن مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب فكره ذلك ونهى عنه * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك

عبد الرحمن قد ابتاعه ثم أراد أن يبيعه ثم يستوفيه المبتاع ممن هو عنده قبل أن يقبضه هو والثاني أن يبيعه من المسلم وهو ينوي أن يقبضه ويوفيه اياه في المدونة وغيرها عن ابن القاسم فممن ابتاع طعاما بعينه أو بغير عينه لا يبيعه حتى يقبضه ولا يواعد فيه أحدا ولا يبيع طعاما ينوي أن يقبضه منه ورواه في المدينة أصبغ عن ابن القاسم عن مالك وقال أشهب في المجموعة عن مالك هو جائز ولا تضره النية كما لو اشترى طعاما ينوي أن يقتضيه منه ما عليه وجه القول الاول انه قد وجد بيع الطعام قبل استيفائه لانه قد ولى في هذا الطعام عقد يبيع لم يفصل بينهما قبض وانما يكون القبض بعد العقدين وهذا عندي انما يحرم على البائع في خاصته ولا يفسخ بهذا العقد التبايع الا أن يكون شرط ذلك على المشتري وبينه له فهذا محض بيع الطعام قبل استيفائه وهذا لا يجزئه أشهب ولا غيره وجه القول الثاني أن من كان عليه طعام ولم تكن به حاجة الى شراء طعام لا يقبضه لم يضره أن ينوي بشراء ما عليه من الطعام أن يوفي طعاما قد ثبت عليه من سلم والأظهر عندي جوازه وقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة سألت ابن القاسم عما كره سعيد بن المسيب لجعل بن عبد الرحمن حين نهاه أن يوفيه من الأرزاق التي ابتاع فقال كره الاضمار حين أضر أن يعطيهم منه واتفق فيه بيع الطعام قبل استيفائه (مسئلة) واذا قلنا بقول ابن القاسم في الواضحة انه لا ينبغي للطالب أن يراوده على طعام يبتاعه لقضائه أو يسعي له فيه أو يعينه عليه أو يجعل له فيه قال نهى عنه مالك والله أعلم ص * مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيئا من الحبوب القطنية أو شيئا مما يشبه القطنية مما يجب فيه الزكاة أو شيئا من الأدم كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشيرق وما أشبه ذلك من الأدم فان المبتاع لا يبيع شيئا من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه * ش وهذا كما قال ان ما ذكر من المقتات لا اختلاف في انه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وان ذلك مجمع عليه وانما اختلف الناس فيما عدا ذلك وانما قصد ههنا أن يذكر المتفق عليه وقد ذكر قبل هذا ان جميع المطعوم لا يجوز بيعه قبل استيفائه وهو المشهور عنه وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن اعادته

* ما يكره من بيع الطعام الى أجل *

ص * مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ينيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب * مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب فكره ذلك ونهى عنه * مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك * ش قوله في الترجمة ما يكره من بيع الطعام الى أجل ثم أدخل بعد ذلك حديث سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وليس فيه كراهية بيع الطعام الى أجل وانما فيه كراهية أخذ المطعوم من ثمنه لما في ذلك من النساء في بيع الطعام بالطعام وأما بيعه بالنسيئة فلا كراهية فيه ولكنه يحتمل ذلك وجهين أحدهما على قولنا ان عقدي الذريعة اذا منع منهما لانهما في صورة العقد الواحد المحرم فانه يجب نقضهما اذا باع حنطة بدرهم الى أجل ثم أخذ بثمن الحنطة ثم افهو في صورة بيع الحنطة بالتمر الى أجل وذلك مفسد فهذا بيع الطعام الى أجل على وجه مكره والوجه الثاني أن يريد بذلك ان يبيع الطعام مختلفا منها ما يجوز ومنها ما لا يجوز وان هذا

لا يجوز منها أن يباع بدراهم إلى أجل ثم يأخذ بالدراهم ثم افاناً اعتقد أنه قصد بيع حنطة بالدراهم إلى أجل فبيعه لطعامه على ذلك بيع مكرره لأجل الأجل ولولا الأجل ما حرم لأنه لو باعه بثمن ثم أخذه ثم راقبل أن يفترقا لكان الأظهر عندي جوازه والله أعلم وأحكم

(فصل) ونهيمهم عن أن يبيع الرجل حنطة ويقبض بثمنها بعد افتراقهما ثم راقبل أن يستوفيه أنه من بيع الطعام بالطعام إلى أجل وفي ذلك مسئلتان أحدهما أنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام نساء والثانية أنه إذا باع طعاماً لم يأخذ من ثمنه طعاماً فاما المسئلة الاولى فانه لا يجوز بيع الطعام بالطعام إلا باليد سواء كان من جنس واحد أو من جنسين مقتات أو غير مقتات وقد تقدم ذكره (مسئلة) ومن باع مطعوماً بمطعم لم يجز أن يأخذ من ثمنه طعاماً الا في المجلس الذي وقع فيه البيع الأول فان كان البيع الأول إلى أجل أو بالنقد فافتراق من ذلك المجلس لم يجز بعد ذلك أن يأخذ به طعاماً وبه قال أبو حنيفة وأجاز الحسن وابن سيرين والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه أن يأخذ عند حلول الأجل من ثمن الطعام طعاماً إذا لم يفترقه حتى يقبض والدليل على ما يقوله أن هذا أخذ بالطعام طعاماً غير يديده فلم يجز أصل ذلك إذا باعه الطعام بالطعام وافتراق قبل التقابض (فرع) وهذا على ضربين أحدهما أن يأخذ من غير صفة الطعام الذي باع والثاني أن يأخذ من صفته فاما أخذه من غير صفته فسيأتي ذكره وأما أن يأخذ منه طعاماً على صفته في الجنس والنوع والجودة فلا يخلو أن يأخذ مكيلة ما باع أو أكثر أو أقل فان أخذ مكيلته جاز لأنه انما يؤول إلى القرض وهو جائز أن يسلف اردباً من حنطة في مثله وتحقيق هذا ان كل ما جاز لك أن تدفع فيه المبيع أولاً إلى أجل فانه يجوز أن تأخذ من ثمنه وما لا يجوز لك أن تدفعه فلا يجوز لك أن تأخذه من ثمنه وهذا يقتضي أن المنع منه انما هو للذريعة لأنه نفس الحرام (فرع) وان كان مقدار ما أخذ أكثر من مقدار ما باع لم يجز لأنه يؤول إلى ان دفع اردب حنطة وأخذ عوضاً منه بعد مدة أردبين من صفته وذلك غير جائز وان كان أخذ أقل منه ففي كتاب محمد اختلف قول مالك فأجازه مرة وبه قال أشهب وأباه أخرى وهو الذي في المدونة فوجه اجازته ضعف النعمة في تسليم الكثير في القليل من جنسه ووجه المنع منه أن ذلك مقصود في غير العين وما تختلف أسواقه ليكون في ذمة المسلف إلى أجل (مسئلة) وأما ان كانا غير متماثلين وهو أن يختلف في الجنس كالحنطة والتمر أو في النوع كالحنطة والشعير والمحمولة والسمراء ان في الجودة كالحنطة الجيدة بالرديئة فانه لا يجوز ذلك فيها وان أخذ من الطعام قدر ما أعطى أو أكثر أو أقل لأنه خرج عن حكم القرض لما بين العوضين من المخالفة لان من حكم القرض أن يكونا متماثلين فان تجاوز أحدهما للآخر في النوع أو الجودة من غير أن يعقد القرض عليه جاز ذلك لان عقدهما مبني على المكارمة وليس كذلك في مسئلتنا فانهما تعاقدتا على المغابنة والمساكنة فاذا وجد التفاضل في صفة أو نوع أو جنس لم يحمل على القرض لما فاتاه لمقتضاه وحمل على ما يوافق مقتضاه فوجب بذلك الفساد ص * قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب ثم راقبل أن يقبض الذهب من بائه الذي اشتري منه الحنطة فاما أن يشتري بالذهب التي باع بها الحنطة إلى أجل تمر من غير بائه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشتري منه التمر على غريمه الذي باع منه الحنطة بالذهب التي له عليه في ثمن التمر فلا بأس بذلك * قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأساً

* قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب ثم راقبل أن يقبض الذهب من بائه الذي اشتري منه الحنطة فاما أن يشتري بالذهب التي باع بها الحنطة إلى أجل تمر من غير بائه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشتري منه التمر على غريمه الذي باع منه الحنطة بالذهب التي له عليه في ثمن التمر فلا بأس بذلك * قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأساً

وهذا كما قال ان النهي انما توجه من الفقهاء المذكورين الى من باع حنطة بثمن مؤجل ثم أخذ بثمنها عند الأجل من مبتاع الحنطة منه ثم ان ذلك يقتضي أن يؤل الى انه باع حنطة بتمرا الى أجل وذلك غير جائز لما قدمناه فان لم يشترط ذلك وباع من رجل حنطة بدينار الى أجل ثم اشترى منه تمرا عند الأجل بدينار ولم يشترط انه يأخذه من ثمن الحنطة ففي كتاب محمد قال مالك لأحب أن يتقاضيا بعد ذلك ويرد التمر الذي اشتراه وقال ابن القاسم بل يؤدى دينار التمر ويأخذ منه ثمن قمحه وان رد إليه ذلك الدينار بعينه كما لا تستعمل غريمك بدينك عليه لكن تستعمله بدينار تدفعه اليه ثم يقضيك اياه ووجه قول مالك ان العقد الثاني هو الذي أدخل شبهة الذريعة فاذا انقض لم يبق في العقد الأول ما يفسده ووجه القول الثاني ان الشبهة انما تتم بالمقاصة فاذا منعنا المقاصة وأدى كل واحد منهما ما عليه صح العقدان وهذا انما يستمر على أحد وجهين اما أن تكون المسئلة ممنوعة لنفسها ان كان له عند رجل ثمن طام لا يجوز أن يشتري منه بثمنه تمرا وليس ذلك من وجه الذريعة فتكون المقاصة حينئذ من ذريعة للذريعة والوجه الثاني أن تكون المسئلة في نفسها ممنوعة للذريعة الى بيع الطعام بالطعام فتكون المقاصة حينئذ ذريعة الى الذريعة فانما يصح هذا على منع ذريعة الذريعة فأما على تجوز ذريعة الذريعة فيجب أن تصح المقاصة بينهما لاننا انما منعنا أن يأخذ بالتمر ثم التمر الثلاث يكون ذريعة الى بيع حنطة بتمر الى أجل فان منعنا المقاصة فانما نمنعها لانها ذريعة الى أن يأخذ من ثمن الحنطة تمرا والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أحال مشتري الطعام بآثمه بثمن الطعام لم يجز للبائع أن يأخذ من المحال عليه طعاما ولا يجوز له أن يأخذ منه الا ما يجوز له أن يأخذ من مبتاع الطعام ماله ووجه ذلك انه باع طعاما وأخذ في ثمنه طعاما كما لو أخذه من المبتاع

(فصل) وقوله فاما أن يشتري بالذهب الذي باع بها حنطة تمر من غير بآثمه قبل أن يقبض الذهب ويحيله على مبتاع الحنطة بالذهب فاذ بأس به ومعنى ذلك أن يشتري بقدر ذلك الذهب تمرا ويتعلق الثمن بذمته ثم يحيله به على مبتاع الحنطة فذلك جائز واما أن يشتري منه بذلك الثمن تمرا حتى لا يتعلق ثمن التمر بذمته وانما يكون ثمن التمر ماله من الذهب التي هي ثمن الحنطة على مبتاع الحنطة فما أراه أراد ذلك لانه أخذ من ثمن الحنطة تمرا فكأنه باع من رجل حنطة بتمر له على رجل آخر يحيله عليه ووجه جواز المسئلة التي ذكرها انه اشترى تمرا لم يأخذه من ثمن الطعام وانما اشتراه بعين متعلق بذمته ثم أحاله بذلك التمر على مبتاع الحنطة وذلك في معنى البيع والفرق بين هذه المسئلة وبين أن يحيله مبتاع الحنطة بثمنها على رجل فيأخذ منه بذلك الثمن تمرا فلم يجوزه وجوز أن يبتاع التمر من أجنبي حتى يتعلق ثمن التمر بذمته مع كون ذمة مبتاع الحنطة مشغولة من ثمن حنطة آل الى تمر لأن ثمن التمر آل الى حنطة وانما وقعت الحوالة في ثمنهما بعد ثبوتهما في الذمة عينا وأما الذي أحاله مبتاع الحنطة على رجل فأخذ منه بثمنها تمرا فان ثمن الحنطة نفسه آل الى تمر فيفسد بذلك (فرع) ولو وكلت من يقبض التمر فقبضه فألقه جازي أن يأخذ منه به طعاما قاله ابن حبيب في الواضحة والفرق بينه وبين المسئلة التي قبلها ان التهمة تبعد في ضياع الثمن عند الوكيل وتغير به اياه ووجه آخر انه اذا ثبت للبائع الثمن عند الوكيل بالتعدي يخالف حكم ثمن الطعام والله أعلم (مسئلة) ولو كان لرجل على بائع الحنطة دراهم فأحاله بها على مبتاعها لم يجز للمحال عليه أن يدفع الى المحال الا ما كان يجوز له أن يدفعه الى المحيل ووجه ذلك أن مبتاع الحنطة دفع بثمنها حنطة ففسد ذلك من جهته وروى ابن

المواز هذه المسئلة والتي قبلها عن مالك وهما من جهة منع الذريعة ضعيفان لانه يبعد في التهمة ان
أيسع من رجل حنطة ليحيلني بالثمن بعد انقضاء الأجل على رجل فيأخذ منه به تمرا أو أحيل عليه
بالثمن من يأخذ منه به تمرا وقد جوز مالك للمساكين في صفقة واحدة أن يقبل أحدهما من حصته من
السلم دون الآخر وعلل ذلك بأنه لا ينهم أحد أن يسلف لمبتاع غيره ولعله قد منع ذلك على وجه
الكراهية والاستثقال للمسئلة أو يكون منعه منهما لانهما ممنوعتان لأنفسهما لا للذريعة وقد بينا
وجه ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان ابتعت من حنطة بثلث إلى أجل فأخذت منه كفيلا فدفع
اليك الكفيل الثمن أو دفعه اليك رجل متبرعا كان له أن يأخذ ممن يبتاع الحنطة طعاما من غير
صنفه ومن صنفه أقل أو أكثر حكاه ابن المواز عن ابن القاسم وحق في الواضحة ووجه ذلك ان الوكيل
والمتبرع أقرضا المبتاع وقضيا عنه ثمن الطعام والذي لها عنده ليس بثلث الطعام وانما هو ما أقرضاه
ولذلك لم يفتقر في الرجوع على المبتاع الى احواله البائع وفي المسئلتين المتقدمتين انما عاملا البائع
ووجب لها قبله ما أحالها به ولو لا احواله ما تبعها المبتاع بدين لها عليه فصار ما يطلب به المبتاع هو نفس
ثمن الطعام (مسئلة) ومن اشترى لك طعاما لا يعرف كيله فان قامت البيعة على اتلافه له جاز لك
أن تأخذ منه بقيته طعاما قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا ثبت اتلافه فقد وجبت قيمته فلا تهمة
في أخذك بالقيمة طعاما لان الاتلاف لم يكن باختيار من له الطعام والمتلف قد يتقن لزوم القيمة له ولو
غاب عليه انهم أن يكون أمسكه ودفع به طعاما سواء كان الاتلاف المذكور بحرف أو غيره من انتفاع
المتعدى به وبالله التوفيق

﴿ السلف في الطعام ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف
بسعر معلوم الى أجل مسمى مالم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه ﴾ ش قوله رضي
الله عنه لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف يقتضي أن يكون المسلم فيه موصوفا
لان السلف يكون بمعنى القرض ويكون بمعنى السلم فأما القرض فلا يحتاج الى وصف لانه لا يجوز
أن يشترط الامثل ما أعطى فلا يصح أن يريده به هنا القرض وأما السلم فلا بد أن يكون المسلم فيه
موصوفا لانه لا يصح أن يعرف الا بالوصف لانه لا يجوز أن يكون معينا وانما يكون متعلقا بالذمة وهذا
لا خلاف فيه والسلم ستة شروط ونحن نقرر لكل شرط منها بابا * فالأول أن يكون المسلم فيه متعلقا
بالذمة وقد تقدم الكلام فيه

(الباب الثاني في كونه موصوفا)

وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يريه ما سلم اليه فيه فيقول له أسلم اليك في مثل هذا فهذا
اختلف أصحابنا فيه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأصبع فمين أسلم في زيت يأخذ من غيره
ويطبع عليه حتى يأخذ من صفته قال لا يصلح قال أصبع اذا كان مضمونا لم يصلح ذلك فيه وان
كان بعينه غائبا فجائز ما لم يشترط خلف مثله وفي السلم الثاني من المدونة سئل مالك عن أسلم
في ثوب أريه ثوبا فيقول له على صفة هذا أو يجتزى بصفته قال ان أراه فحسن والآخر أنه الصفة فنع
ابن القاسم في الموازية ذلك فيما له مثل وهو كان أقرب الى الجواز وظاهر المدونة يقتضي تجويزه

﴿ السلف في الطعام ﴾
* وحدثنى يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمر
انه قال لا بأس بأن يسلف
الرجل الرجل في الطعام
الموصوف بسعر معلوم
الى أجل مسمى مالم يكن
في زرع لم يبد صلاحه أو
ثمر لم يبد صلاحه .

فيما لا مثل له وتجوز فيه ماله مثل من المكيل والموزون أولى وأحرى فوجه المنع ان اعتبار صفات
 المثل يقتضى أن يكون مثله من جميع جهاته وعلى جميع أوصافه وهذا متعذر لا يكاد أن يوجد
 وإنما يكون المثل فيما له مثل على المقاربة وإذا بعد هذا في المكيل والموزون فهو في الثياب أبعد وهو
 في الحيوان أبعد منه في الثياب ووجه اباحتها أنه انما يلزم وصف المسلم فيه بأوصاف مخصوصة وهي
 التي تقدم ذكرها فإذا أراه ما يسلم اليه في مثله فاما يعتبر من مماثلته تلك الصفات التي لا يجوز له
 الاخلال في السلم بها دون غيرها من الصفات التي لا يلزم ذكرها في السلم (مسئلة) والوجه الثاني
 أن يصفه بصفاته التي يوصف بها على السلامة مما يختلف ثمنه باختلافها وليس عليه أن يصفه بجميع
 صفاته لان ذلك لا يؤثر في ثمنه ولا يوجب رغبة فيه ولا خلاف ان ما لم يضبط بصفة فانه لا يجوز السلم
 فيه وأن يختلف فيما يضبط بالصفة فن ذلك الحيوان يجوز عند مالك أن يقرض ويسلم فيه وبه قال
 الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت في الذمة قرض ولا سماعا ولنا في هذه المسئلة ثلاثة طرق أحدها أن
 تدل على نفس المسئلة والثاني أن تدل على ان الحيوان يضبط بالصفة والثالث أن تدل على انه
 يثبت في الذمة والدليل على جواز القرض والسلم فيه الحديث الذي يأتي بعد هذا من الأصل ان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكر افجاءته ابل الصدقة قال أبو رافع فامرني رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ان أقضي الرجل بكره فقلت لم أجدي ابل الا جلا خيارا رابعيا فقال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم اعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ومن جهة القياس ان كل ما جاز أن
 يتعلق بالذمة مهر افانه يجوز أن يتعلق به اسما وقرضا كالثياب والدليل على انه يضبط بالصفة ما روى
 عبد الله بن مسعود قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تباشر المرأة المرأة فتنتهال زوجها كأنه ينظر
 اليها ودليلنا من جهة القياس ان كل ما صح أن يثبت في الذمة فانه يصح أن يضبط بالصفة كالثياب
 ودليلنا على أنه يثبت في الذمة ان الحيوان معنى يكون بدلا عن سلف فوجب أن يثبت في الذمة
 كالطعام (فرع) اذا ثبت ذلك فانه ليس من حكمه أن يقول فاربها وانما يصفه على حسب ما ذكرنا
 فاذا أتاه بتلك الصفة لم يأخذها قاله ابن القاسم في المدونة (مسئلة) ويجوز السلم في اللحم وبه قال
 الشافعي ومنع ذلك أبو حنيفة والأصل في ذلك انه مما يضبط بالصفة فيذكر ما يختلف فيه الأغراض
 باختلافه وذلك بأن يوصف بأنه لحم ضأن أو معز أو يوصف بالسمانة وغير ذلك من أوصافه المختصة به قال
 ابن القاسم وغيره ولم أر لأصحابنا تفريقا بين الذكر والأنثى واختلاف الاسنان فان كان ذلك مؤثرا
 في الثمن لزم ذكره (فرع) وهل يذ كر موضع اللحم من الحيوان أم لا قال ابن حبيب وابن المواز
 ليس عليه ذلك قال ابن حبيب فان فعل فحسن وقال القاضي أبو محمد ان اختلفت الأغراض بمواضع
 من الشاة من صدر أو فخذ أو جنبه ذكره فوجه القول الاول ما جرت العادة به من امتزاج بعضه ببعض
 دون تفصيل وان اختار بعض الناس مكانا منه على مكان فعلى سبيل الاستطابة له وغيره يختار غير
 ذلك المكان كما يختار من جنس التمر آحادا عيانه مع تساويه في الصفة ووجه قول القاضي أبي محمد ان
 ما اختلفت الأغراض فيه لزم بيانه كالجنس (فرع) وأما السمانة فقال ابن حبيب وابن المواز لا بد
 أن يذ كر سمينان ذ كر وسطا من السمانة فحسن والأجزاء أن يقول سمينان قال ابن حبيب ويكون
 له السمن المعروف عند الناس وجه ذلك ان السمن والهزال مما يختلف الغرض والثن في اللحم
 باختلافه حتى ان اليسير من السمن له من الثمن أضعاف ما للكثير من المهزول فلا بد من تمييزه بالصفة
 فيصف ما يسلم فيه بالسمن والهزال فاذا ميز بهذا الاسم أجزاءه عن أن يذ كر قدر السمانة (مسئلة)

والسلم في الأكارع والرؤس جائز خلافاً لأبي حنيفة وأحد قول الشافعي والدليل على ذلك ما قدمناه في مسألة اللحم ويحتاج من الصفات إلى كل ما ذكرناه من محتاج إليه اللحم ويذكر مع ذلك كباراً أو صغاراً أو متوسطة إذا سلم فيها عدداً (مسألة) ويجوز السلم في الدور والفصوص خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله أنه مما يدرك بالصفة فيوصف لونه وصفاءه وصورته من طويل أو مدحرج وأملس ونضريس ووزنه وما جرى مجرى هذا من صفاته التي تختلف الأغراض فيه باختلافها ولا يلزم على هذا أن يقال أنه قد يكون بين الأبيض الصافي في المدحرج الذي وزنه درهم وبين آخر يوصف بهذا الوصف تفاوت في الثمن فإن الجارية التي توهف بالبياض والطول وامتلاء الجسم بينها وبين جارية أخرى لا توصف بهذه الصفات تفاوت في الثمن وقد أجمعنا على جواز السلم في الرقيق (مسألة) يجوز السلم في الدنانير والدراهم خلافاً لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله أن كل ما ثبت في الذمة ثمناً فإنه يثبت فيها سلماً كالثياب والطعام

(فصل) إذا ثبت ذلك فإن ما تقع به المعاوضة على ثلاثة أضرب ضرب مختلف في جواز السلم فيه وقد تقدم ذكره وضرب متفق على منع السلم فيه وهو تراب معادن الذهب والفضة لأنها لا تضبط بصفة ويجب أن يكون مثل ذلك تراب معادن الحديد وغيره مما يحتاج في إخراج المقصود منه إلى عمل وأما ما يكون المقصود منه موجوداً على هيئته ونحوه فإنه يجب أن يجوز لأن السلم حينئذ إنما يتعلق بالكحل وذلك مما يضبط بالصفة

(فصل) وضرب متفق على جواز السلم فيه كالحنطة والتمر وغيرهما من الحبوب وما يكال ويوزن من غير المطعوم فإذا قلنا بجواز السلم في الحنطة فإن كان ببلد يختلف فيه جنسها فهو على ضربين أحدهما أن يكون حيث يحصل النوعان والثاني أن يكون بحيث يجلب إليه الصنفان فإن كانت بحيث يحصل الصنفان كالأندلس التي يقرب فيها أحدهما ورما اجتمعت في المنبت والمحصد فالأفضل أن يصفه بجنسه قال ابن حبيب ولا يضره أن لا يصفه بذلك إذا ذكر الجودة والرداءة والأطهر عندي على المذهب خلاف هذا أن يبطل السلم بترك ذكر الصفة لأن الثمن يختلف بالاندلس باختلاف نوع الطعام اختلافاً بيناً (مسألة) فإن كان بموضع يجلب إليه الجنس كالجار والحجاز فن شرط صحة السلم أن يصفها بنوعها وإن كان بموضع إنما يكون فيه النوع الواحد كمصر التي حنطتها كلها بيضاء مع السلامة والشام التي حنطتها سمراء فهل يحتاج إلى ذكر الجنس أم لا عن مالك في ذلك روايتان أحدهما لا يلزم ذكر الجنس والثانية أنه لا بد بمصر من ذكر الجنس رواها ابن المواز عنه وجه الرواية الأولى أن السلم يختص ببلد العقد مع الإطلاق فإذا كان جنس العقود عليه لا يختلف فيه لم يلزم ذكره كالدنانير والدراهم ووجه الرواية الثانية أن العقود عليه تختلف أجناسه فإذا وجب ذكر صفاته وجب ذكر أجناسه كالتمر والحنطة حيث تختلف أجناسها (فرع) وإذا قلنا بالرواية الثانية فلم يذكر الجنس فهل يفسخ أم لا قال ابن عبد الحكم يفسخ وقال أصبغ لا يفسخ وجه الرواية الأولى أن هذا موضع يلزم فيه ذكر الجنس فوجب أن يفسد السلم الإخلال به كالموضع الذي يكون فيه الجنس وجه الرواية الثانية أن الظاهر من البلد الجنس الواحد وعليه يجب حمل السلم وإنما يؤمر بذكر الجنس على وجه الاستظهار ورفع الأشكال فإذا أخل بذكره وكان هو الظاهر من حاله وجب حمله عليه (مسألة) وعليه أن يذكر مع ذلك جيداً أو وسطاً أو رديئاً لأن الجنس الواحد يختلف فيكون منه الجيد والوسط والردى وذلك مما يختلف الثمن باختلافه فلا بد من ذكره

وهل يفسد العقد ترك ذلك أم لا وذلك على ضربين أحدهما أن يكون السلم حيث يحصل الطعام فيفسد السلم لأن في موضع محصده يكون الجيد والردى فيختلف بذلك الثمن فلا بد من ذكره وإذا كان موضع العقد يجلب إليه فقد قال ابن حبيب لا يفسخ وقال سائر أصحابنا أنه يفسخ على الإطلاق متى لم يصفه بالجودة ووجه ما قاله ابن حبيب أن غالب أمر الطعام تساويه حيث يجلب إليه في السفن كالخجاز وجدة لأنه يخلط في السفن ويتساوى فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة لأن غالبه متساو ووجه القول الثاني أن طعام السفن يختلف فيكون بعضه أفضل من بعض ويكون من طعام الخجاز وجدة ما يجلب في الفقاع فيكون أفضل من الطيب فلا بد من ذكر الجودة (فرع) وإذا قلنا بقول ابن حبيب فما الذي يجب على المسلم إليه من القمح مع إطلاق الصفة قال ابن حبيب يلزمه الوسط من ذلك لأن ما جاز فيه إطلاق الصفة يرجع منه إلى غالبه أو وسطه فإذا لم يكن له غالب يرجع منه إلى الوسط وكان يجب على مذهب ابن حبيب أن كان له غالب أن يلزم ذلك بمجرد العقد وإن لم يكن له غالب أن لا يصح السلم والله أعلم وأحكم (مسألة) ويجزئه من الصفة بالجودة أن يقول جيدا وليس من شرطه أن يقول غاية في الجودة قاله أصبغ وغيره من أصحابنا لم يختلفوا فيه إلا ما قاله أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا أنه لا يجزى من الصفة بالجودة أن يقول جيدا حتى يقول غاية الجودة وأنه متى لم يصفه بالغاية بطل السلم والأول هو الصحيح لأن صفة السلم لا تبلغ من معرفة الموصوف مبلغ الرؤية له وإنما يبلغ به معظم مقاصده ويجزى في صفات الرقيق أن يقول طويلا أو قصيرا ولا يلزم غاية الطول فإن وصفه بسواد العين فلا يلزم غاية السواد وإن وصف الثوب بالرق فلا يلزم غاية الرقة ووجه آخر وهو أن هذا يبطل بالمتوسط فإنه لا يعرف غايته ولا يقال غاية المتوسط ووجه ثالث أن ما قاله أقرب إلى الفساد لأنه كان يريد بغاية الطيب ما لا يوجد أطيب منه فهذا يتعذر وجوده ولا يكاد المسلم إليه أن يقدر على تخليصه وذلك يمنع صحة السلم فيه وإن أراد به أنه غاية في الطيب وأنه يوجد مثله وأفضل منه مما يوصف بغاية الطيب لزمه في الاختلاف فيه ما يلزم في وصفه الطيب (فرع) فإذا قلنا أنه يجزى وصفه بجيد ووسط وردى دون ذكر الغاية فقد قال ابن حبيب وابن المواز له العام من الجيد وليس له الخاص وقد يكون من الجيد خاص بالغ في الجودة والطيب فلا يحمل على ذلك إلا لمن شرطه والصواب عندي أن يكون مادفعه المسلم إليه مما يقع عليه صفة السلم لزم المسلم قبضه فإذا أسلم إليه في جيد وأتى بما يقع عليه ذلك الاسم لزمه قبضه وكذلك الوسط والردى ما لم يكن فيه عيب من غير الحلقة المعتادة منه (مسألة) وتصفه بالنقاء والغلت أو المتوسط لأن ذلك مما يلزم القمح ويختلف ثمنه باختلافه فإن أدخل بذلك وقدر كالجودة أو المتوسط أو الرداءة فهل يبطل السلم أم لا قال ابن حبيب لا يبطل السلم ووجه ذلك أن الغلت عيب فلا يلزم ذكر السلامة منه كسائر العيوب وإنما استحب ذكره لأن الغلت لا يكاد أن يخلو طعام منه

(فصل) ويجوز السلم في التمر والربط فإن كان ببلد لا تختلف أنواعه فيه ووصف بالجودة أو المتوسط أو الرداءة فعلى حسب ما تقدم ذكره في الحنطة ويدخله من الاختلاف في ذلك كله ما يدخل في الحنطة وليس عليه وصفه بالنقاء لأن التمر لا غلت فيه وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشف لأن ذلك عيب فيه ويسلم أكثر التمر منه ويلزم المسلم إليه أن يعطى غير الحشف لأن إطلاق الاسم يقتضى السلامة إلا اليسير الذي لا يستبد التمر منه في الأغلب (مسألة) فإن كان ببلد تختلف أنواعه منه فإن وصفه بالنوع شرط في صحة السلم وهذا حكم الزبيب والبول والخص وسائر

القطاني والحبوب والزيتون وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وأما السلم في الثياب على اختلاف أصولها من حرير أو قطن أو كتان فإن يصف صقالته وخفته ورقته وجنسه وأصله وليس عليه أن يذ كروزه ولا أن يقول جيدا قاله ابن القاسم في المدونة لأنه قد يتعذر عليه تحقيق الوزن مع اشتراط الطول والعرض فإذا وفاء المقدارين من ذلك الطول والعرض والصفاء فقد أوفاه حقه ودخل فيه قدر الوزن وما يقرب منه فأما تحقيقه فلا سبيل اليه وبالله التوفيق

(الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرا)

وهو مما لا يصح السلم دونه لأن السلم فيه متعلق بالذمة وما يتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزاءا غير مقدر لأنه لا يتميز في الذمة من غيره إلا بالتقدير وليس كذلك المشاهدة لأنه يتميز من غيره بالإشارة اليه والتعيين له (مسئلة) إذا ثبت ذلك فما كان من المكيل يقدر بالكيل وما كان من المعداد يقدر بالعدد وما كان من الموزون يقدر بالوزن وما كان يتقدر بالذرع كالثياب ونحوها يقدر بالذرع وذ كرا بن القاسم في المدونة أن اللحم يجوز السلم فيه بالتعري كما يباع الخبز بالخبز تحريا والأظهر عندي أن ذلك إنما يجوز عند تعذر الموازين لأنه مع الإمكان أنما قصد بالتعري التخاطر والحذر الذي ينشأ في السلم وهذه المسئلة مبنية على جواز اللحم باللحم تحريا وسيأتي بعده هذا إن شاء الله تعالى في موضعه مفسرا (مسئلة) وأما صوف الغنم فإنه يتقدر بالوزن دون عدد الجزر لأن الجزر تختلف ذنها الكبيرة والصغيرة وله مقدار معروف فيجب أن يعتبر به (مسئلة) وأما البيض فلا يتقدر بوزن ولا كيل فلا يسلم فيه إلا بالعدد حتى ذلك ابن حبيب وأما الرمان والسفرجل فروى ابن القاسم عن مالك تباع عددا قال ابن القاسم وإن كان الكيل فيها معروفا فلا بأس بذلك وقال ابن حبيب يسلم فيها عددا أو كيلا ولا يسلم فيها وزنا قال ويذ كرمقداره فوجه قول مالك أن الذي جرت به العادة في بيعها هو العدد ولم تجر العادة بغيره وكان مجهولا فيها وأيضا فإن كثيرا لا يكاد يتأتى فيه كيل ولا بد من اشتراط الكبر والصغر والتوسط فإن الأغراض تختلف باختلاف ذلك ووجه قول ابن القاسم أن العدد إنما يتقدر به ما يغلب عليه التساوي والتساوي قليل في هذا النوع من الفواكه وهي الرمان والسفرجل والتفاح فكان العدد فيها من أبواب الخطر فأما صغير التفاح فقول ابن القاسم فيه ظاهر وأما ما عظم منه ومن الرمان والسفرجل فالعدد فيه أظهر كالأترج وإن كان يجري في بعض البلاد بالوزن كان ذلك أظهر فيه وكذلك البطيخ والقثاء والخيار والموز والكمثرى ورؤس الغنم والله أعلم (مسئلة) وأما الجوز فاختلف فيه قول مالك وابن القاسم وابن حبيب على حسب ما ذكرنا من اختلاف قولهم في الرمان ووجه ما قدمناه والوجهان ممكنان ظاهران وقول ابن حبيب بجواز الوجهين فيه جائز (مسئلة) وأما ما صغر من الفاكهة كعيون البقر والمشمش والفراسيا والزعرور والمضارع فإنه يتأتى فيه الكيل والوزن والاحال وفي كثير منه العدد والذي عندي أنه يسلم فيه في كل بلد على عرفه وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ما صغر وكان مما يبس ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر فإنه لا يسلم فيه إلا كيلا حتى ذلك ابن حبيب قال ولا يسلم فيه عددا وهذا الذي ذكره ابن حبيب بين لأن المشقة تلحق بعدده لصغره وإنما يتأتى فيه الكيل أو الوزن فإن كان ذلك عرفه ببلد السلم حمل عليه (مسئلة) وأما التمر والقمح والشعير وسائر الحبوب التي تدخر في الكيل ولا يختلف في ذلك عرف البلاد ما لم تطحن فإذا طحنت فخلص قلب الأرز و دقيق الحنطة أو جريشها فإن عرفه بمعظم البلاد الوزن وعرفه بمدينة

الرسول صلى الله عليه وسلم الكيل ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلد السلم فإن غيره مجهول وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يباع طعام بقصة أو قدح غير مكيال الناس وهو فاسد غير جائز قال ابن القاسم في السلم فيه بتلك المنزلة أو أشد وقال أشهب هو مكروه فإن وقع لم يفسخ وقال غيره يفسخ (مسئلة) وأما الخطب فقال ابن القاسم يسلم فيه وزنا أو أحملا وحرما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه يجوز أن يعمل من ذلك بكل بلد على ما جرى عرف بيع ذلك الجنس به (مسئلة) وأما الجذوع والخشب فانهما تتقدر بالذرع في الطول والعرض والارتفاع لانهما الغرض في ذلك كله وأما البقول والقصيل فانهما تتقدر عند ابن القاسم بالحزم والقبض والاحمال ولا يجوز أن تتقدر بذرع الأرض وجوز ذلك أشهب رواه ابن المواز عنه واحتج ابن القاسم لمنع باني صفاقة وخفته لا تضبط بالصفة وهذا على صحة ناقص العبارة ويأني أن ما تقدر من ذلك بذرع الأرض يختص بأرض معينة أو حومة معينة متقاربة لأن الغرض والتمن يختلف بالقرب والبعد فإذا تعينت البقعة لم يجز السلم فيما يثبت فيها لأنه لا يدري كيف يكون حاله وإن تعينت الحومة لم يجز السلم فيما يخرج منها لأنها بمنزلة القرية الصغيرة ولذلك لا يجوز السلم في التمر في رؤس النخل فلهذا لم يجز السلم في شيء من الثياب بذرع الأرض (مسئلة) ويسلم في الثياب كلها بالذرع في الطول والعرض لأنها لا تتقدر إلا به فإن شرط ذراع رجل بعينه فقد أجاز ابن القاسم في المدونة أن يخيف أن يغبن أخذ منه مقدار ذراعه إلى أن يجيء أجل السلم فإن شرط ذراعا ولم يعين ذراع رجل بعينه فقد روى أصبغ عن ابن القاسم في العتية يحمل على ذراع وسط قال أصبغ هو استعسان والقياس الفسخ وجه قول ابن القاسم أن الذراع ما لم يعين يعلق بالوسط وصح بذلك العقد لأنه متى كان للعقد وجه من الصحة حل عليه ووجه قول أصبغ أن القدر الذي تعلق بالذمة مجهول وذلك يمنع صحة العقد وهذا في البلاد التي ليس لأهلها ذراع معين جرى عرف التبايع به وإن كان لم ذراع مقدر كذراع الرشاش لأهل قرطبة والذراع المالكى ببعض البلاد حل المتعاقدان مع إطلاق العقد عليه والله أعلم (الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا)

أما الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلا فإن الظاهر من مذهب مالك أن السلم لا يجوز إلا في مؤجل وبه قال أبو حنيفة وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة وزاد ابن عبد الحكم أو يوم قال القاضي أبو محمد واختلف أصحابنا في تخرج ذلك على المذهب فمنهم من قال أن ذلك رواية في جواز السلم الحال وبه قال الشافعي ومنهم من قال أن الأجل شرط في السلم قول واحد وإنما تختلف الرواية عنه في مقدار الأجل والدليل على اعتبار الأجل أن ما اختص بالسلم فانه شرط في صحته كعدم التعيين ووجه القول الثاني أن هذه معاوضة فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالسلم على ضربين ضرب يقضى ببلد السلم وضرب يقضى بغيره فاما ما يقضى ببلد العقد فقد اختلف أصحابنا في مقدار أجل السلم فقال ابن القاسم في المدونة لا يجوز إلا إلى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق الخمسة عشر يوما والعشرين يوما وقال ابن عبد الحكم لا بأس به إلى اليوم الواحد وروى ابن وهب عن مالك إلى اليومين والثلاثة وقال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان أحدهما أنه يجوز إلى أي أجل كان قرب أو بعد والثاني لا يجوز إلا إلى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق فوجه قول ابن القاسم أن السلم لما اقتضى الأجل لثلا يتيقن فيه انتفاع المسلم لمساواة الغرض احتاج أن يكون إلى أمد تختلف فيه الأسواق فإن خرج عن

هذا عدم شرط الصحة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى يشترط في صحة السلم فاستوى قليله وكثيره أصل ذلك مقدار المسلم فيه ووجه آخر وهو ان الدنانير والدرهم يجوز السلم فيها ولا تختلف أسواقها فلو كان اعتبار مدة تتغير فيها أسواق العروض شرطا في صحة السلم لوجب أن لا يجوز السلم في العين ولوجب أن تختلف آجال السلم باختلاف السلع فان من السلع ما يكثر تغير أسواقه كالطعام ونحوه ومنها ما يندر ذلك فيها كالجوهر والياقوت والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ما قلناه فالذي قاله القاضي أبو محمد ان تغير الاسواق في ذلك لا يختص بمدة من الزمان وانما هو على حسب عرف البلاد ومن قدر ذلك بخمسة عشر يوما أو أكثر فاعلم ان عرف بلده وتقدير ابن القاسم ذلك بخمسة عشر يوما وعشرين أظهر لأن هذا عرف البلاد ومقتضى ما علم من أسواقها فانه يغلب تغيرها في مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها والله أعلم وأحكم (مسألة) ووجه الاجل في البياعات أن يبين بما يمكن تبينه به وجرت بمثله العادة فيقول الى أول شهر كذا أو الى آخره أو الى يوم كذا مضت منه أو بقيت منه فان قال الى شهر كذا فان هذا اللفظ يقتضي أن يكون يحل بأول ليلة من الشهر فأما ان قال يوفيه في شهر كذا من سنة كذا فقد قال أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا ان هذا ضعيف وليس بأجل محدود ويكون له أن يدفعه ما بين أول الشهر الى آخره غير أن السلم لا ينتقض بذلك ويكره بدأ فان وقع مضى ونفذ وفي هذا القول نظر (مسألة) ويجوز أن يسلم الى الجداد والحصاد ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي والدليل على صحة ما نقوله أن هذا أجل معلق بوقت من الزمان معلوم فجاز أن يكون أجلا في السلم والبيع الموحلة أصله اذا أجله بسنة أو بشهر (مسألة) ويجوز في الآجال الى خروج العطاء اذا كان وقت العطاء معروفا ولا يختلف والمراد به وقت خروج العطاء فاذا حل ذلك الوقت حل الاجل خرج العطاء أو لم يخرج وكذلك تأجيلهم الى قدوم الحاج والكلام فيه على نحو ما تقدم

(فصل) وأما ما يقتضي تغير بلد السلم فانه يستغنى عن ذكر الاجل قال محمد يجوز ذلك وان كان حالا وهذا يجوز في عبارة لأن قطع مدة تلك المسافة أجل وانما أراد به أنه يجوز وان لم يذكر الاجل وحكى ابن المواز عن مالك فممن أسلم في طعام حال يؤجل بالريف مسيرة يومين أو أكثر أنه جائز ووجه ذلك ما احتجوا به من أن اختلاف الاسواق باختلاف البلدان كاختلافها بعد الآجال ألا ترى أن الناس يجهزون الامتعة الى البلاد رجا اختلاف الاسواق كما يؤخرون السلع الى الاجل وجاز ذلك واذا كان كذلك جررنا فيه قياسا فنقول ان هذا معنى عرفه بتغير الاسواق فجاز السلم اليه كالاجل البعيد (فرع) اذا ثبت ذلك فان عقدا على ذلك عقدا صحيحا وجب على المسلم اليه الخروج الى مكان القضاء متى بقي بينه وبينه مقدار تقطع فيه المسافة فان أبي من الخروج أجبر على أن يخرج أو يوكل من يقضى المسلم ما سلم فيه لأنه قد وجب عليه التسليم ولا طريق له الى ذلك الا بالخروج الى موضعه أو الاستنابة في ذلك بالتوكيل (فرع) فهل له أن يعزل الوكيل بعد أن قصد خارجا الى موضع التسليم من متأخرى أصحابنا من قال انه لا يجوز له توكيله على ذلك الا ان يضمن الوكيل المسلم فيه لجواز أن يعزله المسلم اليه فيبطل سفر المسلم أو يتعذر عليه من سلم اليه حقه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله تعالى عنه ويجوز عندي أن يقال ليس للمسلم اليه عزله لتعلق حق المسلم بهذه الوكالة كما يقول في التوكيل على بيع الرهن وكما يقول في الوكيل على الخصومة اذا تقيمت عليه المقالات لم يكن لموكله عزل الارضا من يخصمه لتعلق حقه بالوكالة (مسألة) فان جاز

الاجل ووجد المسلم المسلم اليه بغير بلد التسليم فلا يخلو أن يكون المسلم فيه عينا أو غير عين فان كان عينا كان له أخذه منه حيث وجده وان كان غير عين لم يكن له ذلك وعليه أن يخرج الى بلد التسليم أو يوكل من ينوب عنه والفرق بينهما أن الدنانير والدراهم لا تختلف أسواقها وهي أصول الأمان وقيم المتلفات فتساوت حالهما في البلاد والازمان والعروض تختلف أسواقها وليست بأصول في الأمان ولا قيم المتلفات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد والازمان فلم يلزم أن يسلمه ولا أن يسلم منه بغير بلد السلم ولذلك من كان عليه دين من عين جاز أن يعجله قبل أجله ويلزم من هوله قبضه ومن كان عليه دين من غير عين لم يجز له أن يعجله قبل أجله الا برضا من هوله ومما يجري مجرى الأجل في بعض أحكامه موضع تسليم المسلم فيه قال القاضي أبو محمد الأفضل أن يذكرا موضع التسليم لوال الخصم بين المتبايعين ويدخلان على معلوم من ذلك فليس كل أحديهما حكمه وفي كتاب محمد ومن سلف ولم يذكرا موضع القضاء لم يضره ذلك وهذا مما لا يحتاج الى ذكره ومعنى ذلك أن ذكره ليس بشرط في صحة السلم والدليل على ذلك أن اطلاق العقد يقتضي التسليم ببلد العقد كما يقتضي اطلاق البيع ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو أن لا يذكرا موضع التسليم أو يذكرا مكانه فان لم يذكرا لم يلزم المسلم اليه دفعه في بلد عقد السلم ولزم المسلم قبضه هناك لماذا ذكرناه فان اختلفا في أي موضع يكون التسليم منه وقد شرط اطلاق التسليم أو لم يشترطاه ولزم ذلك لاطلاق العقد فان كان لتلك السلعة سوق بذلك البلد كان ذلك السوق موضع تسليمها لأن ذلك أخص بقاع تلك البلدة بتلك السلعة فان لم يكن لها سوق فان المسلم اليه يوفيه حيث شاء من ذلك البلد قال ذلك ابن القاسم وابن المواز وقال سحنون بوفيهما بدار المسلم كان لها سوق أو لم يكن وفي سماع عيسى عن ابن القاسم انهما ان أقرأ انهما لم يتخذا موضعا فان القضاء يكون حيث قبضت الدراهم فيحتمل أن يريد به موضع العقد ويحتمل أن يريد به بلد النقد والله أعلم وأحكم وجه القول الاول ان اطلاق العقد بمنزلة تعيين البلد وتعيينه يقتضي تسليمه اليه بحيث يقع عليه اسم ذلك البلد كما أن اطلاق اسم الجودة يقتضي أن للمسلم اليه دفع ما شاء مما يقع عليه ذلك الاسم على الاطلاق وأيضا فان رأس المال لما كان محل دفعه موضع سوقه ومعظم نقاده وموازينه كأنه نفس المسلم فيه يكون تسليمه بموضع سوقه وأهل المعرفة بصفاته ووجه قول سحنون أنه لما كان على المسلم اليه إيصال المسلم فيه اقتضى ذلك إيصاله الى منزله كحمل الخطب والماء لما كان على بائعه إيصاله لزمه إيصاله الى منزل المشتاع له (مسئلة) فان ادعى أحدهما اطلاق العقد وادعى الثاني اشتراط موضع غير موضع السلم فالقول قول مدعى اطلاق العقد لان الثاني ادعى خلاف مقتضى العقد فلم يثبت له ذلك الايبينة (مسئلة) فان اتفقا على انهما شرطتا موضعا للقضاء واختلفا في تعيينه فادعى أحدهما موضع عقد السلم وادعى الثاني غيره فالقول قول مدعى موضع السلم لموافقة مقتضى اطلاق العقد وان ادعى كل واحد منهما ما لا يشبه أن يكون موضعا للقبض أحلفا وفسخ بينهما قاله ابن القاسم (مسئلة) ويجب أن يكون موضع القضاء محذورا بجدي قرب كالفسطاط أو الفيوم أو الاسكندرية وأما ان تباعدت أقطاره كصر والشام والأندلس فان ذلك لا يجوز قاله ابن القاسم وقال ان مصر ما بين نجد الى اسوان وما كان بهذه المثابة من تباعد الأقطار وتفاوت الأسفار لتباعد ما لا يجوز أن يكون موضعا للقبض السلم لان ذلك يعود لجهالة موضع القبض وخطر الغرر فيه وبالله التوفيق

(الباب الخامس أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل)

وأما الشرط الخامس وهو أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل فلا خلاف أن ذلك شرط في صحة السلم لأن حلول الأجل يقتضي تسليم المسلم فيه فإذا كان معدوما حين الأجل لم يصح السلم فيه لأن من شرط صحة السلم والبيع التمكن من التسليم (مسألة) فإن كان الأجل وعدم المسلم فيه بجائحة استأصلته أو غفلة من مسلمه حتى فات من أيدي الناس فاختلف أصحابنا في ذلك (مسألة) وليس من شرطه أن يكون موجودا حين العقد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا حين السلم والدليل على ما نقوله أنه وقت لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق وجود المسلم فيه أصل ذلك الزمان الذي بين وقت العقد وانقضاء الأجل

(الباب السادس أن يكون الثمن نقدا الخ)

وأما الشرط السادس وهو أن يكون الثمن نقدا أو في حكم النقد فإنه شرط في صحة السلم لأنه إذا كان متعلقا بالذمة وتأخر المدة الطويلة وكان المسلم فيه مؤجلا إلى أجل بعيد وثمنه مؤجلا في الذمة إلى أجل بعيد لم يجز ذلك لأنه من الكالئ الكالئ (مسألة) وقبضه في مجلس السلم أفضل وليس بشرط في صحة السلم ويجوز أن يتأخر قبضه اليوم واليومين بشرط خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إن من شرط صحة السلم التقابض في المجلس والدليل على ما نقوله أن التأخير فيه ليس بمنوع لمعنى في العوض وإنما هو ممنوع لمعنى في العقد لئلا يكون من الكالئ الكالئ والمسلم فيه من شرطه التأجيل والتمن من شرطه التعجيل فكلا لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس ولا بتأخيره اليوم واليومين ولا يكون له بذلك حكم الكالئ فكذلك الثمن الذي من شرطه التعجيل لا يفسده التأخر عن مجلس القبض ولا بتأخيره اليوم واليومين ولا يدخل بذلك في حكم الكالئ (فرع) إذا ثبت ذلك فالذي نص عليه أصحابنا أنه يجوز تأخيره بشرط في أصل العقد اليوم واليومين وقال القاضي أبو محمد لا أكثر من ذلك ويجب أن يفصل ذلك فعلى قولنا يجوز السلم إلى أجل يوم أو يومين لا يجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار وإنما يجب أن يكون قبضه بالشرط في المجلس أو ما يقرب منه وإن قلنا أن السلم لا يجوز إلا إلى أجل البعيد الذي تتغير في مثله الأسواق صح أن يقول بتأخير رأس مال السلم اليوم واليومين لأن تأخير رأس مال السلم هذه المدة ليس من باب التأجيل ولو كان له حكم التأجيل لجاز تأخر المسلم فيه إليه (مسألة) وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط إلى أجل السلم فلا يخلو أن يكون عينا أو غير عين فإن كان عينا فاختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يفسد السلم ثم رجع عنه وقال لا يفسد السلم ما لم يكن شرطا وبه قال أشهب وجه القول بفساده لأن ذلك ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين لأن عملها إليه آل ووجه القول الثاني أن عقدهما سلم من الدين بالدين وهما لا يفسده التفرق قبل القبض وقال ابن وهب إن تعدد أحدهما تأخير رأس المال لم يفسد السلم وإن لم يتعمده أحدهما ففسد السلم ومعنى ذلك أن يكون أحدهما فريضة السلم فإذا وقع العقد صحيحا وتعلق به حق الآخر لم يكن للثاني أن ينفرد بفساده وهذا مبني على قولنا أن الفار من الأداء في الصرف لا يبطل الصرف وإذا لم يفرأ أحدهما فقد رخصا بفساده فيجب أن يفسد (فرع) فإذا قلنا أنه لا يبطل العقد بتأخير رأس المال إذا كان عينا إلى أجل فإن لا يبطل إذا كان عرضا معينا أولى وأحرى لأنه خارج عن الدين بالدين وإن قلنا أنه يبطل بذلك السلم وكان رأس المال عرضا معينا فلا يخلو أن يكون مما يغاب عليه كالثياب ونحوها

أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور فان كان مما يغاب عليه ففي المدونة ان مالكا كره ذلك وقال ابن القاسم ان وقع من غير شرط لم يفسخ كالحيوان والدور وان كان مما لا يغاب عليه ففي المدونة من قول مالك اذا كان رأس المال في السلم عبدا وتأخر الشهر من غير شرط انه جائز وكان هنادي من أحدهما ولم يذكر كراهية وقال المتأخرون من أصحابنا ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان عينا بطل السلم وان كان عرضا يغاب عليه فالسلم مكروه ولا يفسخ البيع وان كان مما لا يغاب عليه فلا كراهية فيه والفرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه في ذلك ان ما يغاب عليه اذا تلف بغير بينة فهو من المسلم ويفسد السلم فاذا بقي بيده كان له الخيار بان يدعي صناعة ويبطل السلم متى شاء وكره أن يبقى بيده مدة لا يصح الخيار فيها في السلم وأما ما لا يغاب عليه فانه من المسلم اليه فهلا كره لا يؤدي الى ابطال السلم والله أعلم وأحكم (فرع) واذا قلنا برباينة ابن وهب فان كان المسلم هو الذي امتنع من القضاء فالمسلم اليه بالخيار بين أن يأخذ جميع رأس مال السلم أو ما بقي له منه ويدفع جميع المسلم فيه وبين أن يمتنع من قبض ما بقي له منه ويدفع اليه ما كان دفع اليه منه وان كان المسلم اليه هو الذي امتنع من قبض رأس المال لزمه عند الأجل قبضه ودفع المسلم اليه فيه قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا امتنع المسلم فقد منع المسلم اليه من مقصوده من الانتفاع برأس مال السلم الى أجله ولهذا التأخير تأثير في ابطال العقد فصار ذلك للمسلم اليه ان شاء أن يبطله أو يملكه وان شاء أن يمضيه أمضاه وان كان الامتناع من جهة المسلم اليه فقد أبطل حقه من الانتفاع برأس المال ولا مضرة في ذلك على المسلم فلم يكن لواحد منهما خيار في فسخه

(فصل) وقوله ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو تمر لم يبد صلاحه يريد انه لا يجوز تعليق السلم بزرع لم يبد صلاحه ولا بتمر لم يبد صلاحه وذلك ان السلم على ضربين مطلق في الذمة ومضاف الى بلدة فأما المطلق في الذمة فمثل أن يسلم اليه في قح أو تمر ويصفه بصفة ولا يشترط من تمر موضع من المواضع والثاني أن يضيفه الى بلدة فيقول من قح مصر أو الشام أو تمر الصفراء أو المدينة على ساكنها السلام فهذا على ضربين أحدهما أن يضيف ذلك الى موضع صغير لا يؤمن انقطاع ثمرته فانه لا يجوز ذلك على وجه السلم ولا يجوز الا على وجه البيع بعد أن يبدو صلاح ذلك الحائط ومن شرطه أن يكون الحائط لبائع التمر (مسألة) والثاني أن يضيف ذلك الى موضع كبير كثير التمر والزرع يؤمن انقطاعه من أيدي الناس مثل وادي القرى وخيبر فهذا يجوز عقد السلم فيه من أي وقت شاء بعد بدو صلاح الثمرة وقبل ذلك لمن له في ذلك الموضع زرع أو تمر أو لمن ليس له فيه شيء والأصل في ذلك ما روى عبد الله بن أبي المجالد سألت ابن أبي أوفى عن السلف فقال كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهم في البر والشعير والقر الى قوم لا ندرى أعندهم أم لا وابن أبي أوفى قال مثل يعني ذلك ص * قال مالك الامر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم الى أجل مسمى فخل الأجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه وذلك انه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو يبيع الطعام قبل أن يستوفي * قال مالك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفي * وهذا كما قال ان الاقالة في الطعام لا تكون الا بمثل رأس المال عقدا وقضاء لانه ان كان بغير رأس المال خرج عن الاقالة الى البيع الذي لا يجوز في الطعام قبل استيفائه وهو اذا عقد الاقالة بمثل

* قال مالك الامر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم الى أجل مسمى فخل الأجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه وذلك انه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو يبيع الطعام قبل أن يستوفي * قال مالك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفي

رأس المال ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال فان ذلك ممنوع للذريعة الى بيع الطعام قبل استيفائه لانه يتهم أن يكون ما أظهره من العقد لغوا وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به فخرج عن الاقالة الى البيع الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطعام قبل استيفائه (مسئلة) ومن ابتاع مطعوما معينا على الوزن أو الكيل فأراد أن يأخذ مكانه قبل قبضه من غير جنسه ففي كتاب محمد والمجموعة أن ذلك غير جائز ووجه ذلك انه باع ما عقد عليه من الطعام أولا بما أخذه آخره قبل أن يستوفي (مسئلة) فان أخذ نصفه على ما عقد عليه وأراد أن يأخذ النصف الآخر من غير ذلك الجنس ففي كتاب محمد عن أشهب قال مالك أرجو أن يكون خفيفا قال محمد لا خير فيه وهو سواء مثل الذي تقدم ويحمل هذا انه دفع اليه الثمن من غير ايجاب قال وروى ابن القاسم عن مالك فممن ابتاع بدينار فحاشم سأله أن يعطيه بنصفه عدسا ان ذلك لا يجوز قال مالك ومن اشترى بدينار زيتا فلم تسعه بطته فأراد أن يأخذ بما بقي طعاما أو يرتجعه فلا يعجبني ووجه ذلك ما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله لا تنبغي الاقالة إلا أن يأخذ ذهبه أو ورقه أو ثمنه بعينه يحتمل أن يريد بقوله ذهبه أو ورقه نفس ثمنه بعينه ان كان موجودا عنده على قولنا ان الدنانير تتعين بالعقد أو يكون الثمن تبرا أو حليا مصوغا فيتعين بالعقد ولا يجوز في الحلي أن يقبله إلا بنفس مادفع ويحتمل أن يريد بقوله بذهبه أو ورقه من جنس ذلك وسكته على قول ان الدنانير لا تتعين بالعقد وقد قال في المدونة فممن سلم الى رجل دنانير في طعام فأقاله منه ودنانيره في يده وشرط عليه أن يرد اليه تلك الدنانير بأعيانها ان للمسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقوله بعد ذلك أو ثمنه بعينه يريد والله أعلم أن يكون الثمن من غير العين كالعرض والطعام فهذا لا تصح الاقالة إلا بنفس ذلك الثمن دون ما كان من جنسه لان ذلك كله يؤدي الى بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله وانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه يريد انه ان عقد الاقالة بذلك الثمن فلا يشتري منه به شيئا لان ذلك ذريعة الى أن تكون الاقالة به فيكون بيع الطعام قبل استيفائه وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز أن يمنع كل ما كان في معناه وذريعة اليه والله أعلم وأحكم ص قال مالك فان ندم المشتري فقال للبائع أقلني وأنظر كذا بالثمن الذي دفعت اليك فان ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك أنه لما حل الطعام للمشتري على البائع أخر عنه حقه على أن يقبله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي * قال مالك وتفسير ذلك أن المشتري حين حل الأجل وكره الطعام أخذه بدينار الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة ما لم يزد فيه البائع ولا المشتري فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما تصير الاقالة اذا فعل ذلك بيعا وانما أرخص في الاقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع * وهذا كما قال ان النسيئة قد يلحق في البيع والسلم البائع والمشتري وتصح من كل واحد منهما الاقالة للرفق بصاحبه ويصح منه طلب الربح أو الفاء ويصح منهما جميعا ذلك في عقد واحد بخلاف القرض فانه لا يصح أن يقع الاعلى وجه الرفق من القرض للقرض الا أن الأغلب من أحوال الاقالة رفق أحدا المتقاييلين بصاحبه فلذلك حلت على أغلب أحوالها وقد قدمنا ان من شرط الاقالة أن تكون بمثل رأس المال وعلى الوجه الذي

* قال مالك فان ندم المشتري فقال للبائع أقلني وأنظر كذا بالثمن الذي دفعت اليك فان ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك انه لما حل الطعام للمشتري على البائع أخر عنه حقه على أن يقبله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي * قال مالك وتفسير ذلك أن المشتري حين حل الأجل وكره الطعام أخذه بدينار الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة ما لم يزد فيه البائع ولا المشتري فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما تصير الاقالة اذا فعل ذلك بيعا وانما أرخص في الاقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع

عقد عليه البيع أو السلم لأن معنى الاقالة أن يقيله مما ندم فيه ويعيده إلى ما كان عليه قبل أن يعقد ما أوجب الندم ولا يصح ذلك إلا بنقض ذلك العقد ولذلك اختلف أصحابنا فيه فقال بعضهم هو تنقض بيع وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا إذا كان رأس المال بصريح الاقالة فإن كان بغير تصريح بمثل أن يدفع إليه دنائره مثل رأس المال المسلم فيقول اشتر بها طعاما فكله إلى حين الأجل ثم استوفيه في حقه فقد قال ابن القاسم في المدونة لا يصلح عند مالك وقال بعد ذلك أنه إذا أعطاه عند الأجل مثل دنائره فقال اشتر بها طعاما أنه لا بأس به قال ابن لبابة إذا دفع إليه الدنانير فقال اشتر بها طعاما فاكله إلى ثم استوفيه مما لك لم يجز وإن قال له اشتر بها طعاما جاز ذلك ووجه ذلك عندى أنه إذا قال اكله إلى لم يملكه الثمن ولم تجز منه اقالة ولا يجوز أن يكون رأس المال الذي عجل في السلم يؤجل في الاقالة لوجهين أحدهما أن الأجل له حصته من الثمن لما قدمناه من أن المسلم إليه يطلب الارتفاق به إلى حلول السلم فإذا عجل في السلم وتأجل في الاقالة فقد ازداد في الاقالة وذلك يمنع صحتها ويغير موضوعها وينقلها إلى البيع الذي هو ممنوع في الطعام قبل الاستيفاء ويدخله أيضا وجه آخر من الفساد وهو فسخ دين في دين لأن المسلم كان له في ذمة المسلم إليه طعام مؤجل ففسخه في غير مؤجل إلى أجل وذلك غير جائز

(فصل) وقوله فإذا وقعت الزيادة بنسيئة إلى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه ويتنفع به فليس ذلك باقالة بين ذلك أن النسيئة مما يزداده من أخذ وانسأله في دفع ما عليه والزيادة تغير ذلك مثل أن يكون رأس المال عشرة دراهم فيقيله على تسعة فيكون البائع قد ازداد في الاقالة درهما أو يقيله بأحد عشر درهما يزداد المبتاع من البائع درهما وذلك كله لا يجوز لأنه ليس بالاقالة وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وإن دفع إليه أكثر من دراهمه فقال له ابتع بهذا طعاما لم يجز لأنه قد خرج لأجل الزيادة عن حكم الاقالة وقد دفع إليه أقل من دراهمه فقال له ابتع بهذا طعاما فقد قال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب يجوز وجه قول ابن القاسم أنه يؤدي إلى الاقالة بأقل من الثمن وذلك غير جائز ووجه قول أشهب أن هذا من باب الذريعة وتبعد فيه التهمة وبعد التهمة يمنع تأثير الذريعة ص قال مالك من سلف في حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل قال مالك وكذلك من سلف في صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل في حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وإن سلف في تمر عجوة فلا بأس أن يأخذ صيغانيا أو جمعا وإن سلف في زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود إذا كان ذلك كله بعد محل الأجل إذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه ش وهذا كإقالته من أسلم في نوع من أنواع الطعام فإنه لا بأس أن يأخذ عند الأجل نوعا آخر من ذلك الجنس أو أدنى في مثل كيله فيأخذ من الحنطة الشعير والسلت بعضها من بعض وأنواع الذهب بعضها من بعض ووجه ذلك أن هذا من باب البدل وليس من البيع ولذلك جاز بدل الحنطة بالحنطة وقصر على المماثلة ولو كان من باب المبايعة لما قصر على المثل وكذلك القرض وإن كانت صورته صورة معاوضة فليس من باب المبايعة لأنه مقصور على المساواة والمماثلة ولما كانت الحنطة والشعير من جنس واحد كان بعضهما من بعض مبادلة وتحرير ذلك أن كل ما يحرم التفاضل فيه يجوز أخذه بدلا منه كالنوع الواحد يأخذ منه أفضل مما له أو أدنى وأما ما يحرم التفاضل فيه فإنه لا يجوز أخذه عنه فلا يأخذ تمر من قح لأنه من بيع الطعام قبل

* قال مالك من سلف في حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل * قال مالك وكذلك من سلف في صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل في حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وإن سلف في تمر عجوة فلا بأس أن يأخذ صيغانيا أو جمعا وإن سلف في زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود إذا كان ذلك كله بعد محل الأجل إذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه

استيفائه وان كان من قرض دخله بيع الطعام نساء (مسئلة) فان اخذ منه اقل من ذلك الكيل اذنى نوعا مثل اخذ عشرة اراد بـ شعير من عشرين اردبا من حنطة فقد قال محمد بن مالك لا يجوز ذلك ومعنى ذلك والله اعلم ان يأخذ عوضا عن جميع القمح ولو اخذ العشرة اقفرة عن عشرة اقفرة فما ثم وهبها زاد على ذلك من غير شرط وقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة فمين كان له مائة اردب تمرا فأخذ منه خمسين اردبا محمولة ان كان انما صالح بها على وجه المبايعة فلا يجوز وان كان انما اخذ منه خمسين اردبا محمولة ثم حط عنه الثاني بغير شرط فلا بأس به وجوز ابن القاسم ما هو أشد منه فن كان له على أجل مائة اردب تمرا فلما حان الاجل اخذ منه خمسين اردبا محمولة ثم وهب الباقى من غير شرط ان ذلك لا بأس به وهذا أشد وأقوى من

وأرفع الجودة (مسئلة) ولا يجوز قبل الاجل أن يأخذ منه الا مثل ماله عليه في النوع والقدر لان ذلك يدخله بيع الطعام قبل استيفائه وبيع الطعام بالطعام كما لا يجوز أن يأخذ قبل الاجل من نوعه أجودا وأدنى ويجوز ذلك باتفاق عنده (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ من الذى عنده القرض أو السلم من غير ذلك النوع مثل تلك المكيلة وان حل الاجل حتى قاله ابن

القاسم قال لانه يصير حواله والحوالة عند مالك بيع من البيوع ومعنى ذلك أن يحمل الذى له الى الجنس الذى اخذته وذلك بيع أحدهما بالآخر فيدخله في القرض طعام بطعام من غير جنسه وذلك غير جائز ويدخله في السلم مع ما ذكرناه بيع الطعام قبل استيفائه وانما جاز أن يؤخذ الورق من الذهب والذهب من الورق في القرض والبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فإنه يجوز أن يأخذ الحنطة من الشعير والسلت ويأخذ بعضها من بعض لانها جنس واحد ومن قال ان العلس من جنسها يجب أن يكون الاخذ منها ويأخذ أنواع التمر بعضها من بعض وكذلك الزبيب ويأخذ عن نوع ما لا يستحي من الطير نوعا آخر على تحرى الوزن أكثر عددا أو أقل عددا فان كانت على العدد لم يجز الا أن يكون من نوعه رواه في العتبية سحنون عن ابن القاسم ومعنى ذلك ان الطير يختلف

(١) هكذا يابض بالأصل

قدره باختلاف نوعه ويتفاوت فلا يجوز بعضه ببعض عددا اذا كان معناه اللحم وانما يجوز

على تحرى ما فيه من اللحم والمساواة فيه على قول من أجاز التحرى فيه وأما اذا كان نوعا

واحدا فإنه يتساوى لانه انما يأخذ منه مثل الذى سلم اليه فيها قدر او غير ذلك

وليس فيه شئ من البدل (مسئلة) ولا يأخذ الدقيق من الحنطة في

البيع ولا بأس به في القرض قاله ابن القاسم وأشهب وجه ذلك

على قول من لا يجيز بيع الدقيق بالحنطة لعدم التماثل

بينهما وأما على قول من يجيز ذلك ويرى التماثل

بالوزن فلا يجوز الانتقال من مقدار

الى مقدار وأما على قول من لا يرى

التماثل فهما الا بالكيل

فنع من ذلك

في مسئلتنا

﴿ تم الجزء الرابع بحمد الله وحسن عونه * ويليه الجزء الخامس أوله بيع الطعام بالطعام ﴾

﴿ فهرسة الجزء الرابع من كتاب المنتقى تأليف القاضي أبي الوليد الباجي رحمه الله ﴾

صفحة	
٢	كتاب الطلاق * ما جاء في البتة
٢	باب ما يجوز إيقاعه من الطلاق
٧	ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك
١٦	ما يبين من التملك
٢٠	ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك
٢٤	ما يبين من التملك
٢٦	الإيلاء
٢٧	باب الإيلاء يثبت حكمه بكل عين يجب على الخالف بهاشي كالحالف بالله أو بصفة من صفاته
٣٧	إيلاء العبد
٣٧	ظهار الحر
٣٨	باب فأما ألفاظه فأصلها أنت - لي - كظهر أمي
٣٩	باب فأما من يظهر منها الخ
٥١	ظهار العبد
٥٣	ما جاء في الخيار
٦٠	ما جاء في الخلع
٦٧	طلاق المختلعة
٦٩	ما جاء في اللعان
٨٢	ميراث ولد الملاعنة
٨٣	طلاق البكر
٨٥	طلاق المريض * وفيه بيان
٨٥	الباب الأول في صفة المرض الذي به يبقى حكم ميراث المطلقة
٨٥	الباب الثاني في حكم طلاق المريض
٨٨	ما جاء في متعة الطلاق
٨٩	ما جاء في طلاق العبد
٩٠	نفقة الأمة إذا طلقت وهي حامل
٩٠	عدة التي تفقد زوجها
٩٤	ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض
١٠١	ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه
١٠٤	ما جاء في نفقة المطلقة
١٠٧	ما جاء في عدة الأمة من طلاق زوجها
١٠٨	جامع عدة الطلاق

- ١١٣ ما جاء في الحكمين
- ١١٥ ما جاء في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح
- ١١٧ أجل الذي لا يمس امرأته
- ١٢٢ جامع الطلاق * وفيه أبواب
- ١٢٦ الباب الأول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج
- ١٢٨ الباب الثاني فيما تسقط به النفقة الخ
- ١٢٨ الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها
- ١٣١ الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة لا عسار عن ذلك
- ١٣٢ عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا
- ١٣٣ مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل
- ١٤٠ عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها
- ١٤١ عدة الأمة إذا توفى زوجها أو سيدها
- ١٤١ ما جاء في العزل
- ١٤٣ ما جاء في الاحداد
- ١٤٩ (كتاب الرضاع)
- ١٤٩ رضاع الصغير
- ١٥٣ ما جاء في الرضاعة بعد الكبر
- ١٥٥ جامع ما جاء في الرضاعة
- ١٥٧ (كتاب البيوع)
- ١٥٧ ما جاء في بيع العربان * وفيه أبواب
- ١٥٨ الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا
- ١٥٨ الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة
- ١٥٨ الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصح بعض الجنس ببعضه إلى أجل متفاضلا
- ١٥٩ الباب الرابع في تبين المنافع المقصودة التي يتبين بها معنى الجنس
- ١٦٩ ما جاء في مال المملوك
- ١٧٢ ما جاء في العهدة * وفيه أبواب
- ١٧٣ الباب الأول في تفسير معنى العهدة
- ١٧٥ الباب الثاني في محل الحكم بهما من البلاد
- ١٧٦ الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع
- ١٧٧ الباب الرابع في محل العهدة من العقود
- ١٧٨ الباب الخامس في محل درك العهدة
- ١٧٨ الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير
- ١٨٠ بيع البراءة * وفيه أبواب

- ١٨٠ الباب الأول في تعيين محل البراءة من العقود
 ١٨٠ الباب الثاني في تعيين محل البراءة من العقود عليه
 ١٨١ الباب الثاني فيمن يجوز له البراءة من البائعين
 ١٨٢ الباب الرابع في تعيين ما تصح البراءة منه من العيوب
 ١٨٤ فصل وأما البراءة العامة فعلى ضربين الخ
 ١٨٥ العيب في الرقيق * وفيه أبواب
 ١٨٨ الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب
 ١٨٨ الباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتميزها من غيرها
 ١٩١ الباب الثالث فيما يحدث في البيع مما يثبت به الخيار الخ
 ١٩١ الباب الرابع فيما يفيت الرد بالعيب
 ١٩٧ مسألة * وفيها بابان
 ١٩٧ الباب الأول في بيان المعاني التي تثبت الخيار الخ
 ١٩٩ الباب الثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار
 ٢٠٢ حكم المواضعة وما يتعلق بها * وفيها أبواب
 ٢٠٢ الباب الأول في بيان معنى المواضعة وزومها
 ٢٠٢ الباب الثاني في تعيين محلها من العاقدين
 ٢٠٢ الباب الثالث في محل المواضعة من العقود
 ٢٠٤ الباب الرابع في محل المواضعة من العقود عليه
 ٢٠٤ الباب الخامس في حكم الأمانة في مدة المواضعة وان ضمانها من البائع
 ٢٠٥ الباب السادس في بيان ما تنتقل به المواضعة
 ٢١٠ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها
 ٢١٤ النهي عن أن يظأ الرجل وليته ولها زوج
 ٢١٥ ما جاء في ثمن المال يباع أصله
 ٢١٧ النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
 ٢٢٤ ما جاء في بيع العريية * وفيه أبواب
 ٢٢٦ الباب الأول في تفسير معنى العريية
 ٢٢٨ الباب الثاني في بيان ما يجوز له ذلك
 ٢٢٩ الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار
 ٢٣٠ الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العريية على الوجه الذي ذكرناه
 ٢٣١ الجائحة في بيع الثمار والزرع * وفيه أبواب
 ٢٣٢ الباب الأول في تعيين ما يكون من المتلفات جائحة
 ٢٣٣ الباب الثاني في تعيين ما توضع فيه الجائحة
 ٢٣٥ الباب الثالث في تعيين مقدار الجائحة التي توضع

صيفة

- ٢٣٦ ما يجوز في استثناء الثمر
 ٢٣٨ ما يكره من بيع الثمر
 ٢٤٣ ما جاء في المزابنة والمحاولة
 ٢٤٧ جامع بيع الثمر
 ٢٥٦ بيع الفاكهة
 ٢٥٧ بيع الذهب بالورق عينا وتبرا
 ٢٧١ ما جاء في الصرف
 ٢٧٦ المراطلة
 ٢٧٩ العينة وما يشبهها * وفيها أبواب
 ٢٧٩ الباب الأول في تمييز ما يختص بهذا الحكم من المبيعات
 ٢٨٠ الباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة
 ٢٨٢ الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء
 ٢٨٣ الباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني
 ٢٨٩ ما يكره من بيع الطعام الى أجل
 ٢٩٢ السلف في الطعام * وفيه أبواب
 ٢٩٢ الباب الأول أن يكون المسلم فيه متعلقا بالذمة وقد تقدم
 ٢٩٢ الباب الثاني في كونه موصوفا
 ٢٩٦ الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرا
 ٢٩٧ الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا
 ٣٠٠ الباب الخامس أن يكون السلم فيه موجودا حين الأجل
 ٣٠٠ الباب السادس أن يكون الثمن نقدا

* تمت الفهرست *

